

未经许可，不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。  
版权所有，侵权必究。

#### 图书在版编目（CIP）数据

经济法基础 / 钟亚华，王金荣编著. —北京：电子工业出版社，2007.1  
（21 世纪高职高专规划教材·经济管理系列）  
ISBN 978-7-121-03458-9

I. 经… II. ①钟… ②王… III. 经济法—中国—高等学校：技术学校—教材 IV. D922.29

中国版本图书馆 CIP 数据核字（2006）第 156382 号

责任编辑：黄 佳

印 刷：

装 订：

出版发行：电子工业出版社

北京市海淀区万寿路 173 信箱 邮编 100036

开 本：787×980 1/16 印张：18.5 字数：386 千字

印 次：2007 年 1 月第 1 次印刷

定 价：27.00 元

凡所购买电子工业出版社图书有缺损问题，请向购买书店调换。若书店售缺，请与本社发行部联系，  
联系电话：（010）68279077；邮购电话：（010）88254888。

质量投诉请发邮件至 [zlts@phei.com.cn](mailto:zlts@phei.com.cn)，盗版侵权举报请发邮件至 [dbqq@phei.com.cn](mailto:dbqq@phei.com.cn)。

服务热线：（010）88258888。

## 21 世纪高职高专规划教材·经济管理系列

### 编委会名单

主任 应可福

常委 周占文 李天剑 钱明霞 潘 丰

张国健 张举刚 周玉鸿

委员 常明华 戴庾先 华容茂 牟伟明

李海林 李 莉 李贻玲 盛大绶

宋秀珍 施燕萍 汪洪波 熊 斌

徐 伟 姚育新 杨先顺 杨泽民

张强华 张舒华 张卫东 庄燕滨

宗蕴璋

# 出版说明

高职高专教育是我国高等教育的重要组成部分。近年来，高职高专教育有了很大的发展，为我国的现代化建设事业培养了大批急需的各类专门人才，为经济发展和社会进步起到了重要作用。

高职高专教育不同于其他传统形式的高等教育，它的根本任务是培养生产、建设、管理和服务第一线需要的，德、智、体、美全面发展的高等技术应用型专门人才。学生应在掌握必要的基础理论和专门知识的基础上，重点掌握从事本专业领域实际工作的基本知识和职业技能，因而对应这种形式的高等教育教材也应有它自己的体系和特色。

为了适应我国高职高专教育对教学改革和教材建设的需要，在国家教育部的指导下，电子工业出版社在全国范围内组织并成立了“全国高职高专教学研究与教材出版编委会”（以下简称“教学研究与教材出版编委会”），旨在研究高职高专的教学改革与教材建设，规划教材出版计划，以推动教育部策划的“21 世纪高职高专规划教材”的出版工作。“教学研究与教材出版编委会”的成员单位皆为教学改革成效较大、办学特色鲜明、办学实力强的普通高校、高等专科学校、高等职业学校、成人高等学校及本科院校主办的二级职业技术学院，而教材的编者和审定者则均来自于从事高职、高专和成人高等教育教学与研究工作的第一线的优秀教师和专家。

为推动教育部策划的“21 世纪高职高专规划教材”的出版工作尽快实施，“教学研究与教材出版编委会”对高职高专教材的出版进行了规划。规划教材覆盖了计算机、通信、电子电气、财会和管理等专业的主要课程，主要面向课程包括基础课和专业主干课。这些教材全部按教育部制定的“高职高专教育基础课程教学基本要求”编写，适合于各类高等专科学校、高等职业学校、成人高等学校及本科院校主办的二级职业技术学院使用。

“教学研究与教材出版编委会”根据《教育部关于加强高职高专教育人才培养工作的意见》的文件精神，力求规划教材能够反映高职高专课程和教学内容体系改革方向，按照突出应用性、实践性的原则重组系列课程教材结构；力求教材能够反映当前教学的新内容，突出基础理论知识的应用和实践技能的培养。教材中的基础理论以应用为目的，以必要、够用为度，在专业课程教材的内容设计上加强了针对性和实用性；教材内容尽量体现新知识、新技术、新工艺、新方法，以利于学生综合素质的形成和科学思维方式和创新能力的培养。

编写高职高专教材是一个新课题，希望全国高职、高专和成人高等院校的师生在教学实践中积极提出意见与建议，并及时反馈给我们，以便我们对已出版的教材不断修订、完善，与大家共同探索我国高职高专教育的特点和发展道路，不断提高教材质量，完善教材体系，为社会奉献更多更新与高职高专教育配套的高质量教材。

全国高职高专教学研究与教材出版编委会  
E-mail: [lmliu@phei.com.cn](mailto:lmliu@phei.com.cn)

# 修订版前言

全国职业教育工作会议已明确高等职业教育的改革发展目标，高等职业教育的主要工作任务就是要以就业为导向，培养应用型、技能型人才。教材建设是实现人才培养目标的关键环节，在人才培养过程中起着举足轻重的作用。本书正是遵照这一宗旨，根据《教育部关于以就业为导向深化高等职业教育改革的若干意见》和全国职业教育工作会议精神，依据高职高专层次经济管理类专业经济法基础课程教学的基本要求而编写的。

考虑到高职高专以培养应用型、技能型人才为目标，本书在编写过程中，既参照其他经济法教材编写的一般原则，同时也考虑到高职高专教育及新时期高职高专学生的特点。事实上，《经济法基础》就是作者在多年教学实践的基础上所完成的教学改革研究课题的最终成果，出版至今受到了许多学校师生的大力欢迎。《经济法基础（第2版）》传承了上一版的优点，又采纳了同仁们提出的宝贵意见与建议，并力争将最新的立法精神和内容体现于其中。因此，它在突出实用性的同时，将法律法规条文的可读性、栏目板块的多样性和表现手法的新颖性有机结合起来，注意运用对比的方法、以社会实践中生动的案例说法，并以简明流畅的语言去阐释法律理论与制度。本教材从应用出发，化繁为简，将理论教学和案例教学有机结合，易记易懂。

市场经济就是法治经济，因此从事管理、经济和服务工作的人员都必须认真学习和掌握与本专业工作有关的经济法律知识，以适应我国市场经济建设和进入国际大市场的需要。遵循这一原则，《经济法基础（第2版）》的内容分为五篇十五章，即经济法总论篇（包括第一章）、经济法主体法篇（包括第二章至第五章）、市场运行法篇（包括第六章至第十一章）、宏观调控法篇（包括第十二章至第十四章）和经济仲裁与经济司法篇（包括第十五章），既简明扼要地介绍了经济法的基本理论，又明确地阐述了规范市场主体及活动的法律规范、宏观调控方面的法律规范，以及经济仲裁和经济审判的基本知识。同时，保证知识体系脉络清晰，教学内容可灵活增减，并且不影响通篇内容体系的完整性。

本书由北华大学钟亚华、辽宁师范大学王金荣编写。具体分工是：第一章至第七章由钟亚华编写，第八章至第十五章由王金荣编写。由于高职高专教材编写尚处于探索阶段，加之作者水平有限，书中缺点与疏漏在所难免，恳请读者和同行批评指正。

在本书编写过程中，得到了电子工业出版社刘露明、黄佳，辽宁师范大学李天剑及编著者所在单位的领导和同志们的大力支持和帮助，并参考了许多经济法教材及案例，由于篇幅有限，不能一一列举，在此一并表示感谢。

为方便教学，第一章特提炼思考题与案例分析题，并总结出两套模拟试题<sup>\*</sup>，以供广大师生参考，这两套模拟试题可从华信教育资源网（[www.hxedu.com.cn](http://www.hxedu.com.cn)）免费下载。

我们期望，经过组织者、编写者、出版者的共同努力，这本《经济法基础（第2版）》将以其质量效应和规模效应，成为“十一五”国家级规划教材之精品。

编 著 者

2006年11月30日

---

<sup>\*</sup> 本书编著者特提供了模拟试题参考答案，如有任课老师需要，请向编辑部索取，联系电话：88254182-106。

## 第 2 版说明

本书是在电子工业出版社 2003 年出版的由王金荣、钟亚华编著的 21 世纪高职高专规划教材·经济管理类《经济法基础》第 1 版的基础上修订编写而成的。本次修订，在保持原书特色的基础上，主要体现了以下特点：

1、在保留原书体系的基础上，根据我国近三年来最新经济立法精神，对原书进行了较大篇幅的修改与补充，将最新的立法精神和内容体现在新的教材之中，使内容较原书更加翔实，更具有实用性。

2、汲取使用本书的同行们所提出的宝贵意见与建议，使第二版更加符合教学需要，更加适应使用者的需要。

3、调整并增加了部分思考题、案例分析题，新增了模拟试卷，以加强学生的分析问题能力，培养学生解决实际问题能力。同时，我们制作了供老师参考的电子教案，编写了大量的课后练习题，并给出了课后练习题答案，思考题、案例分析题、模拟试卷的参考答案，供老师与同学到网上查询，为教与学提供方便。

修订后的教材从原来的 12 章增加至 15 章，更加突出高职高专特色，更加符合以就业为导向而培养应用型、技能型人才的需要。实践—认识—再实践—再认识是推动一切事物向前发展的前提，打造精品教材也同样需要反复的实践与认识。我们衷心地感谢在本书的再版工作中电子工业出版社及各位编辑、策划、设计等同志的大力支持与帮助，感谢各位同行们所提出的宝贵意见与建议。但是由于作者水平有限，书中难免存在疏漏和不足之处，恳请广大读者和同行批评指正。

编 著 者

2006 年 11 月 30 日

# 目 录

## 第一篇 经济法总论篇

第一章 经济法概述 .....	1
第一节 经济法的产生与发展 .....	1
第二节 经济法的概念和 调整对象 .....	2
第三节 经济法律关系 .....	6
第四节 经济法的体系和渊源 .....	10
第五节 诉讼时效 .....	13
第六节 经济法律责任 .....	15
思考题 .....	16

## 第二篇 经济法主体法篇

第二章 内资企业法律制度 .....	17
第一节 企业法概述 .....	17
第二节 全民所有制工业 企业法 .....	19
第三节 个人独资企业法 .....	29
第四节 合伙企业法 .....	34
思考题 .....	44
案例分析题 .....	45

第三章 外商投资企业法律制度 .....	47
第一节 中外合资经营企业 法律制度 .....	47
第二节 中外合作经营企业 法律制度 .....	56

第三节 外资企业法律制度 .....	61
思考题 .....	67
案例分析题 .....	67

第四章 公司法律制度 .....	69
第一节 公司法概述 .....	69
第二节 有限责任公司的设立 与组织机构 .....	75
第三节 股份有限公司的设立 与组织机构 .....	82
第四节 股份有限公司的股份 发行与转让 .....	88
第五节 公司债券 .....	90
第六节 公司财务、会计 .....	92
第七节 公司的变更、破产、 解散和清算 .....	94
第八节 违反公司法的法律 责任 .....	95
思考题 .....	96
案例分析题 .....	97

第五章 企业破产法律制度 .....	99
第一节 破产法概述 .....	100
第二节 破产申请的提出与 受理 .....	101
第三节 债权人会议与和解、 整顿制度 .....	103
第四节 破产宣告与破产 清算 .....	106

第五节 破产救济与破产 责任 .....	112	第三节 证券交易制度 .....	168
思考题 .....	113	第四节 上市公司收购制度 .....	174
案例分析题 .....	113	第五节 证券机构 .....	175
第三篇 市场运行法篇		第六节 违反证券法的 法律责任 .....	176
第六章 合同法律制度 .....	116	思考题 .....	177
第一节 合同与合同法概述 .....	116	案例分析题 .....	177
第二节 合同的订立 .....	119	第九章 工业产权法律制度 .....	179
第三节 合同的效力 .....	124	第一节 工业产权法律 制度概述 .....	179
第四节 合同的履行 .....	127	第二节 专利法 .....	181
第五节 合同的担保 .....	131	第三节 商标法 .....	188
第六节 合同的变更与 转让 .....	138	思考题 .....	194
第七节 合同的权利义务 终止 .....	140	案例分析题 .....	194
第八节 违约责任 .....	142	第十章 消费者权益保护法律制度 .....	196
思考题 .....	146	第一节 消费者权益保护法 概述 .....	196
案例分析题 .....	146	第二节 消费者的权利 .....	197
第七章 票据法律制度 .....	150	第三节 经营者的义务 .....	199
第一节 票据法概述 .....	150	第四节 国家与社会对消费者 合法权益的保护 .....	201
第二节 汇票 .....	151	第五节 争议的解决和法律 责任的确定 .....	202
第三节 本票 .....	157	思考题 .....	206
第四节 支票 .....	157	案例分析题 .....	206
第五节 违反票据法的 法律责任 .....	160	第十一章 反不正当竞争法 .....	207
思考题 .....	161	第一节 反不正当竞争法 概述 .....	207
案例分析题 .....	161	第二节 违反反不正当竞争法 的法律责任 .....	210
第八章 证券法律制度 .....	162		
第一节 证券法概述 .....	162		
第二节 证券发行制度 .....	165		



思考题 .....	212	思考题 .....	243
案例分析题 .....	212	案例分析题 .....	243
第四篇  宏观调控法篇		第十四章  税收法律制度 .....	244
第十二章  金融法律制度 .....	214	第一节  税法概述 .....	244
第一节  金融法律制度概述 .....	214	第二节  现行税制的主要 内容 .....	248
第二节  支付结算的法律 规定 .....	216	第三节  税收征收管理法 .....	260
第三节  中央银行法 .....	219	思考题 .....	270
第四节  商业银行法 .....	223	案例分析题 .....	270
第五节  金融监管 .....	225	第五篇  经济仲裁与经济司法篇	
第六节  外汇管理法律制度 .....	227	第十五章  经济仲裁和经济审判 .....	272
思考题 .....	229	第一节  经济仲裁 .....	272
第十三章  会计法与审计法 .....	230	第二节  经济审判 .....	277
第一节  会计法 .....	230	思考题 .....	282
第二节  审计法 .....	238	案例分析题 .....	283
		参考文献 .....	284

# 第一篇 经济法总论篇

## 第一章 经济法概述

### 本章目的和任务

通过本章的学习，学生应掌握经济法的调整对象、经济法的概念、经济法律关系的构成要素及经济法律责任；熟悉和理解经济法的原则、作用，经济法律关系的发生、变更和消灭，经济法的体系；了解经济法的产生和发展、经济法的渊源等基本知识和基础理论，为以后各章的学习打下良好的基础。

### 本章要点

- 经济法的产生和发展
- 经济法的概念与调整对象
- 经济法律关系的构成要素
- 经济法体系
- 诉讼时效
- 经济法律责任

### 第一节 经济法的产生与发展

经济法是一个历史范畴。它是随着社会生产的发展、商品交换的出现，国家在调控社会经济运行和管理社会经济活动的过程中，逐步形成和完善起来的一种法律现象。

在前资本主义时期，即奴隶社会和封建社会的法律里，存在着不少的经济法律规范，主要内容有：赋税和劳役方面的法律规范；关于农业管理方面的法律规范；调整矿产资源的开采、冶炼等生产管理方面的法律规范；调整专卖行业、商业贸易市场方面的法律规范；调整其他方面的法律规范，如度量衡的统一等。但是，这些经济法律规范是寓于“诸法合体”的法律体系之中的，不能作为现代意义上的经济法。

在自由资本主义时期，经济上以自由竞争为主要特征，与此相适应的民法、商法得到了充分的发展。但是国家在经济上采取自由放任主义的同时，仍然存在对经济生活的一定

范围内的干预或管理，经济立法仍然存在。英国颁布了《圈地法》、《劳工法》、《济贫法》、《谷物法》、《工厂法》，剥夺农民的财产，以促进工商业发展。法国则颁布了粮食法令、严禁囤积垄断法令，以及规定主要食品、工业品、原料的全面限价法令。这一时期，这些独立的经济法律制度，与“诸法合体”时期的零散的经济法律规范相比，有着本质的区别。在经济领域出现的这种新的法律现象，还不能当做部门法意义上的经济法产生的标志。因为部门法意义上的经济法是调整特定经济关系的法律规范的总称，它的产生还取决于调整特定经济法律关系的法律规范达到一定的数量。

在垄断资本主义时期，为了克服经济上高度垄断和市场机制失灵带来的种种弊端，资本主义国家调整了经济政策，国家干预主义得到了较大的发展，以弥补经济上自由放任主义政策的不足。在这种情况下，大量的调整国家干预或管理社会经济关系的法律得以颁布。特别是第一次世界大战之后，经济立法得到了较大的发展。德国的经济立法尤其引人注目。德国1915年颁布《关于限制契约最高价格的公告》，1916年颁布《确保国民粮食战时措施令》，1918年颁布《战时经济复兴令》，1919年颁布《煤炭经济法》、《碳酸钾经济法》。值得一提的是1919年的《煤炭经济法》和《碳酸钾经济法》首创性地直接以经济法命名。各国的这种经济立法活动，引起了法学界的注意，经济法学的研究逐步展开，反过来又促进了经济立法活动。这样，经济法作为调整国家干预或管理社会经济关系的法律逐步得到了承认，德国、美国、日本、英国等国家，经济立法十分普遍，作为部门法意义上的经济法就产生了。

经济法不仅被资本主义国家所采用，前苏联、东欧以及我国等社会主义国家也广泛采用。特别是在社会主义国家实行计划经济时代，国家全面深入地干预或管理经济正是通过制定经济政策和颁布经济法规来实现这种干预或管理的。我国改革开放以来，特别是社会主义市场经济体制的宏伟目标确立以来，《反不正当竞争法》、《消费者权益保护法》、《合同法》等一大批经济法律相继颁布，已初步形成了我国的经济法体系，对社会进步和经济发展起到了巨大的推动作用。

## 第二节 经济法的概念和调整对象

### 一、经济法的概念

一般认为，“经济法”这个概念，是18世纪法国空想共产主义的代表人物之一摩莱里（Morelly）在1755年出版的《自然法典》一书中首先提出来的。19世纪三四十年代法国另一位空想共产主义代表人物德萨米（Dezamy）在1842~1843年出版的《公有法典》一书中也使用了“经济法”这一概念。但那时的“经济法”这一概念是在大致相当于产品分配法

的意义上来使用的。

进入 20 世纪以后,“经济法”一词的使用更为普遍,含义也发生了变化。例如德国 1919 年颁布了《煤炭经济法》、《碳酸钾经济法》;1964 年捷克斯洛伐克颁布了《捷克斯洛伐克社会主义共和国经济法典》,捷克斯洛伐克也是世界上唯一颁布过经济法典的国家。我国改革开放以来,全国人民代表大会的文件、中共中央的文件和国务院的文件中,都使用了“经济法”这一概念。同时,在我国的法学教材、资料中也广泛地使用了“经济法”这一概念。毋庸讳言,中外学者在研究经济法的过程中,提出了多种不同的关于经济法定义的表述。有的学者认为经济法是国家干预经济的法,有的学者认为经济法就是企业法,有的学者认为经济法就是以反垄断法和反不正当竞争法为核心的法,也有的学者认为经济法是经济行政法,等等。

我国改革开放以来,从传统的计划经济向社会主义市场经济转变,现实中的经济关系发生了重大的变化,我们在充分肯定并尊重市场调节在经济发展中的重要作用的同时,也看到了市场调节自发性本身的缺陷所导致的“市场失灵”。因此,政府利用财政、税收、信贷、货币、价格、利率、汇率等各种经济杠杆对经济进行必要的宏观调控,政府也利用法律来反对垄断和不正当竞争,以规范市场竞争秩序。正是基于这样的认识,经济法的定义可以表述为:经济法是调整国家在干预与协调经济运行过程中发生的经济关系的法律规范的总称。

## 二、经济法的特征

经济法与其他法律部门相比较,除具备一般法律的基本特征外,还有自己的特征。主要表现在以下几个方面。

### (一) 经济性

经济性是经济法的本质特征。作为上层建筑的经济法是直接反映经济基础、调整经济关系的,因而它不仅要对各种经济问题做出明确的法律规定,而且必须直接体现、反映和符合经济规律的客观要求,为经济基础服务。同其他法律部门相比,它同经济关系有着更为广泛和直接的联系。

### (二) 综合性

经济法的综合性主要表现在以下几个方面:首先,在规范的构成上,经济法既包括若干部门经济法,又包括若干经济法律法规;既包括实体法规范,又包括程序法规范;既包括对内经济法律规范,又包括对外经济法律规范。其次,在调整主体上,经济法律关系的主体既包括法人主体,也包括自然人主体;既包括国家机关,也包括各类经济组织和社会

组织，还包括各种不同身份的个人。再次，在调整范围上，既包括宏观经济领域的管理和调控关系，也包括微观经济领域的管理和协作关系。

### （三）指导性

经济法的指导性是通过经济法规所具有的促进和限制两种功能、奖励和惩处两种后果表现出来的。国家根据不同时期的经济形势和任务，制定不同的经济法规。有的法规侧重于限制，有的法规侧重于促进，有的法规则兼而有之，这样来引导各项经济工作走上正确的轨道。

## 三、经济法的调整对象

法理学告诉我们，调整对象是划分法律部门的主要依据。那么，经济法要成为独立的法律部门，必须有其独立的调整对象，即特定的经济关系。就经济关系而言，可以分成两大类：一类是平等主体之间的经济关系，一类是不平等主体之间的经济关系。平等主体之间的经济关系应由民法法统一进行调整，那么，经济法的调整对象就是不平等主体之间的经济关系，即国家在干预与协调经济运行过程中发生的经济关系。经济法调整的经济关系主要有以下几类：

（1）市场主体调控关系。是指国家在对市场主体的活动进行管理以及市场主体在自身运行过程中所发生的社会关系。这里的市场主体，主要是指在市场上从事直接和间接交易活动的经济组织，如企业（独资企业、合伙企业、公司等）和非企业性经济组织。

（2）市场运行调控关系。是指国家为了建立社会主义市场经济秩序，维护国家、生产经营者和消费者的合法权益而干预市场所发生的经济关系。如反不正当竞争、反垄断、产品质量、价格管理等方面所涉及的关系。

（3）宏观经济调控关系。是指国家从长远和社会公共利益出发，在对关系国计民生的重大经济因素实行全局性的管理过程中，与其他社会组织所发生的具有隶属性或指导性的社会经济关系。这种隶属性或指导性关系既包括上下级组织之间的命令与服从、指导与被指导的关系，又包括同一级别组织之间在业务上的管理与执行的关系，主要包括产业调节、计划、国有资产管理、投资、金融、交通、电信、能源、自然资源、环境保护及科学技术等方面的关系。

（4）社会分配调控关系。是指国家在对国民收入进行初次分配过程中所发生的经济关系。如关于劳动报酬、财政税收、社会保障等方面的法律关系。



这里要特别注意经济法的调整对象不是一切经济关系，而是一定范围内的特定的经济关系，即国家在干预与协调经济运行过程中发生的经济关系。

## 四、经济法的基本原则和作用

### （一）经济法的基本原则

根据我国宪法的规定和党的建设有中国特色的社会主义基本理论的要求，我国经济法主要有以下几项原则：

- （1）遵循社会主义客观经济规律的原则。
- （2）保护社会主义公有制，发展多种经济成分的原则。
- （3）保障建立社会主义市场经济体制的原则。
- （4）国家、地方、集体和个人利益兼顾的原则。
- （5）提高社会经济效益的原则。

### （二）经济法的作用

我国经济法是一个重要的法律部门，从根本上来说是因为它在保障和促进以经济建设为中心的社会主义现代化建设中发挥着巨大的作用。这种作用主要表现在以下几个方面。

#### 1. 促进以公有制为主体的多种所有制经济的发展

我国宪法规定，中华人民共和国的社会主义经济制度的基础是生产资料的公有制，即全民所有制和劳动群众集体所有制。国有经济，即社会主义全民所有制是国民经济的主导力量；集体所有制经济是社会主义公有制经济的重要组成部分；城乡劳动者个体经济是社会主义公有制经济的补充，国家保护个体经济的合法权益。宪法规定，国家允许私营经济在法律规定的范围内存在和发展。私营经济是社会主义公有制经济的补充，国家保护私营经济的合法权益，对私营经济实行引导、监督和管理。宪法还规定，我国允许外国的企业或其他经济组织或个人依照中华人民共和国的法律规定投资、兴办“三资”企业。外国投资者在遵守中国法律的前提下，其合法的权益受到中国法律的保护。

#### 2. 保障经济体制改革的顺利进行

改革与生产力不相适应的原有的经济体制，建立起具有中国特色的、充满生机和活力的社会主义市场经济体制，促进社会生产力的发展，是实现社会主义现代化的重要保证，是我国形势发展的迫切需要。

经济法对于保障经济体制改革的顺利进行发挥着巨大作用。其表现有三：一是从法律上保证经济体制改革朝着正确的方向发展，二是为经济体制改革措施的贯彻提供可靠的法律保证，三是依法律手段保护经济体制改革的成果。

#### 3. 扩大对外经济技术交流和合作

对外开放是我国长期的基本国策，是加快我国社会主义现代化建设的战略措施。因此

必须积极扩大对外经济技术交流和合作。在当代，世界各国之间的经济技术联系十分密切，任何一个国家的经济技术都不能孤立地发展。闭关自守，就不可能缩短我国同发达国家在经济、技术上的差距，不可能实现现代化。

为了扩大对外经济技术交流和合作，我国先后在对外贸易、涉外投资、涉外金融、涉外经济合同等方面制定了一系列法律、法规。今后，我们要进一步加强涉外经济法制建设。实践证明，涉外经济法律、法规的贯彻执行，对于发展对外贸易，吸引外商来华投资，共同开发资源，引进先进技术，学习经济发达国家的先进经营管理经验，办好经济特区和沿海、沿江、沿边开放城市，以及上海浦东开发区，发展外向型经济，发挥着重要作用。

#### 4. 保证国民经济持续、快速、健康发展

改革开放以来，我国在加强市场管理，反对垄断和不正当竞争方面，以及在计划、投资、财政、税收、金融、价格等方面，制定了不少法律、法规。目前，正在进一步加强这些方面的经济立法工作，以适应建立社会主义市场经济体制的需要。应该肯定，贯彻执行上述经济法律、法规，有助于实现市场主体行为规范化，市场经济秩序正常化，保证市场机制作用的发挥；同时，有助于加强和改善宏观调控，弥补市场调节的局限性，有效地解决市场调节不能解决或不能解决好的问题。总之，这些法律、法规的实施，对于充分发挥市场调节和宏观调控各自的作用，充分发挥计划和市场两种手段的长处，提高资源配置的效益，从而保证国民经济持续、快速、健康发展，具有重要作用。

### 第三节 经济法律关系

#### 一、经济法律关系的概念与特征

法律关系是由法律规范所确认的当事人之间的具有权利义务内容的社会关系，即法律关系是指社会关系被法律规范调整之后所形成的权利和义务关系。经济法律关系是指经济法主体根据经济法律规范产生的、经济法主体之间在国家干预与协调经济过程中形成的权利与义务关系。

经济法律关系具有以下特征：① 经济法律关系是人们有意识、有目的形成的特定的社会关系。它建立在社会客观规律基础之上，属于上层建筑范畴。② 经济法律关系是主体之间法律上的权利与义务关系。法律规定通过规范人们的权利义务来达到对人们行为的调整目的，经济法律规范中规定的权利义务是抽象的、可能的，而经济法律关系中的权利义务则是具体的、现实的。③ 经济法律关系是以经济法律规范的存在为前提的。法律规范是法律关系产生、变更和终止的前提，权利义务关系是依相应法律规定而形成的，任何主体不享有法律规定以外的权利，不承担法律规定以外的义务。④ 经济法律关系是由国家强制力

保障实施的社会关系。由国家强制力做保障,实质上就是对经济法主体的经济权利的保护。

## 二、经济法律关系的要素

经济法律关系的要素是指构成当事人之间权利义务关系的必要条件,由主体、内容、客体三个要素构成。

### (一) 经济法律关系的主体

经济法律关系的主体是指在经济法律关系中享有权利、承担义务的当事人或参加者。享受经济权利的一方称为权利主体,承担经济义务的一方称为义务主体。但双方当事人许多情况下既享受经济权利又承担经济义务。

经济法主体资格是通过以下两种方式取得的:① 法定取得,即依法律的规定而取得。凡是国家法律、法规规定,能够对社会经济生活实行干预或接受干预的社会组织、公民和其他具有生产经营资格的实体,都可以作为经济法律关系的主体。② 授权取得,即依据有授权资格的机关的授权,从而取得的可以对社会经济生活必需品实施某种干预的资格。

经济法主体必须具备经济法上的权利能力和行为能力,具有进行经济活动的法定资格。权利能力是指法律赋予经济法主体享受经济权利、承担经济义务的资格或能力。行为能力是指经济法主体能够通过自己的行为实现享受经济权利、承担经济义务的能力。行为能力的实现是以具有权利能力为前提的,首先要有权利资格,然后才谈得上是否能够通过自己有意识的行为来加以实现。法人与社会组织的权利能力与行为能力是统一的,均随法人或社会组织的成立而产生,随其终止而消灭。法人的行为能力通过其法定代表人行使。但对自然人来说,有权利能力,不一定就有行为能力。在一些经济法律关系中,公民的权利能力有时还须依法取得特定资格后才具备。

我国经济法主体的范围如下。

(1) 国家机关。国家机关是指行使国家职能的各种机关的通称,包括国家权力机关、国家行政机关、国家司法机关等。作为经济法主体的国家机关主要是指国家行政机关中的经济管理机关。经济管理机关可分为三类:一是综合性经济管理机关,如国家发展计划委员会、国家经济贸易委员会、财政部、中国人民银行等,主要负责对国民经济全局进行宏观调控;二是行业性经济管理部门,如交通部、铁道部、建设部、农业部等,负责对国民经济特定部门、行业进行管理;三是专门职能部门,如国家工商行政管理局、国家税务总局、国家审计署等。在某些情况下,国家也可作为主体参与经济法律关系,如发行国库券、以政府名义与外国签订经济贸易协定等。

(2) 企业和其他社会组织。企业是以盈利为目的的从事商品生产、经营和服务活动的独立的社会经济组织。企业可以按照不同的标准划分为许多种类,如按照财产所有制可分



为国有企业、集体企业、私营企业、混合所有制企业；按照在社会生产过程中的职能、行业划分，可分为工业企业、商业企业、建筑业企业、服务业企业、金融企业等；按企业法律地位可分为法人型企业与非法人型企业；按企业规模可分为大型企业、中型企业、小型企业；按照企业法律组织形态可分为独资企业、合伙企业、公司企业。其他社会组织主要是指事业单位和社会团体。事业单位是指由国家财政预算拨款或其他企业、社会组织拨款设立的从事文教、科研、卫生等事业的单位，如学校、医院、科研院所等。社会团体是由公民依法自愿组成的从事公共事务、学术研究、宗教事务等活动的社会组织，如党团组织、工会、妇联、学术团体等。这些社会组织在参与经济法律关系时便成为经济法主体。

（3）企业内部组织和有关人员。企业内部组织虽无独立法律地位，但在和有关人员根据经济法律规定参与企业内部的生产经营管理活动时，如实行内部承包经营责任制、实行内部独立经济核算等情况下，形成相应的经济法律关系，便具有经济法主体的地位。

（4）个体工商户、农户及公民。此类为个人主体，原则上可以以“公民”概念涵盖，只是由于相关经济法律使用“个体工商户”等概念，故予以区分列出。此类主体在参与经济规定的经济活动时，便构成经济法主体，享有相应权利，承担相应义务，如农户与集体经济组织发生承包关系，公民向税务机关纳税等。

## （二）经济法律关系的内容

经济法律关系的内容是指经济法律关系当事人享有的经济权利和承担的经济义务。经济权利是指经济法主体依法能够作为或者不作为一定行为，以及要求他人作为或者不作为一定行为的资格。我国法律赋予经济法主体的经济权利是极其广泛的，随着我国经济的发展，国家对经济的管理已由过去的直接管理为主，转变为现在的间接管理为主，经济法主体的经济权利也呈现出扩大的趋势。经济权利主要有以下几类。

（1）所有权。指所有人依法对自己的财产享有的占有、使用、收益和处分的权利。所有权是一种不依赖、不从属于其他权利而独立存在的自主权利。它具有排他性、绝对性，一物上只能有一所有权，而所有权无需他人协助即可实现其权利。所有权是最充分的物权。所有权具有四项权能：一是占有权，指对财产的实际控制权利；二是使用权，指按照财产的性能与用途加以利用的权利；三是收益权，即获取财产所产生的利益的权利；四是处分权，指决定财产在事实上和法律上命运的权利。所有权的占有、使用、收益、处分四项权利可以在一定条件下与所有人分离，这种分离是所有人行使其财产权的一种方式。

（2）法人财产权。指企业法人对企业所有者投资所设企业的全部财产在经营中所享有的占有、使用、收益与处分的权利。

（3）经济职权。指国家机关及其工作人员在行使经济管理职能时依法享有的权利。经济职权是具有隶属性质的权利，具有一定的行政权利性质。在国家机关及其工作人员依法

行使经济职权时，其他经济法主体均应服从。经济职权对国家机关及其工作人员既是权利又是义务，不得随意转让或放弃。

（4）债权。指按照合同约定或法律规定，在当事人之间产生的特定的权利。债权是一种请求权，其义务主体是特定的。

（5）知识产权。即商标权、专利权、著作权等，是智力成果的创造人依法所享有的权利和生产经营活动中标记所有人依法所享有的权利的总称。

经济义务是经济法主体为满足权利主体的要求必须为一定行为或不为一定行为的约束。经济权利与经济义务相依而存，具有相对性、对等性。在经济法律关系中，一个经济法主体享有一定权利，必定以其他经济法主体负有一定义务为前提，没有对应义务主体时，权利主体的权利便没有保障，是不可能实现的。同时，经济权利与经济义务具有相对性，没有无权利的义务，也没有无义务的权利，权利与义务是统一的。不允许一方只享受权利不承担义务，也不能只承担义务不享受权利，经济义务有以下几个方面的含义：① 义务主体必须为或不为一定行为。这一行为的目的在于满足权利主体的利益需要。② 义务主体实施的义务行为是在法定的范围内进行的。超过法定范围，义务主体则不受限制。③ 义务主体如不依法履行经济义务，则应承担相应的法律责任，受到法律的制裁。

### （三）经济法律关系的客体

经济法律关系的客体是指经济法主体权利和义务所指向的对象。根据我国经济法律、法规的有关规定，经济法律关系的客体包括物、经济行为和非物质财富。

（1）物。物是指能够为人控制和支配的、具有一定经济价值的、可通过具体物质形态表现存在的物品。物包括自然存在的物品和人类劳动生产的产品，以及固定充当一般等价物的货币和有价值证券等。但并非所有的物都可以充当经济法律关系的客体，只有与经济法主体权利和义务相联系的物才符合经济法律关系的客体的要求。

（2）经济行为。经济行为是指经济法主体为达到一定经济目的、实现其权利和义务所进行的经济活动。它包括经济管理行为、提供劳动行为和完成工作行为等。作为经济法律关系的客体的经济行为，仅指具有法律意义，即为实现权利和义务的行为。

（3）非物质财富，也可称为精神财富或精神产品，包括智力成果和道德产品。智力成果是指经济法主体从事智力劳动所创造取得的成果，如科学发明、技术成果、艺术创作成果、学术论著等。智力成果本身不直接表现为物质财富，但可以转化为物质财富。智力成果作为经济法律关系的客体，其法律表现形式主要为商标、发明、实用新型、外观设计、专有技术、文学、艺术和科学作品等。道德产品，是指人们在各种社会活动中取得的非物化的道德价值，如荣誉称号、嘉奖表彰等，它们是公司法人荣誉权的客体。



在经济法律关系的三个要素中，要注意掌握经济法律关系的主体、客体和内容的概念，主体的范围，经济权利的种类和客体的内容。

### 三、经济法律关系的发生、变更和消灭

经济法律关系作为依据经济法律规范在经济法主体间形成的由国家强制力保障实现的权利和义务关系，有三层含义：一是在本来没有联系的当事人之间，由于出现了某种情况而使他们之间建立了某种联系；二是当事人之间的这种联系是以经济权利和经济义务为内容的联系；三是上述内容的联系是由国家强制力保障实现的联系。那么本来没有联系的当事人之间是通过什么媒介联系起来的呢？这就是经济法律事实。

经济法律关系的发生、变更、消灭需要具备以下三个条件：① 经济法律规范，即经济法律关系的发生、变更和消灭的法律依据；② 经济法主体，即权利和义务的实际承担者；③ 经济法律事实。

经济法律事实是指经济法律规范所规定的，能够引起经济法律关系的发生、变更和消灭的现象，经济法律事实可以分为行为和事件两类。

行为是以经济法主体意志为转移的，达到一定经济目的而进行的有意识的活动。按其性质可分为合法行为和违法行为。合法行为，是指符合法律规定的行为。违法行为，是指经济法主体违反法律法规的行为。这两种行为都可以引起经济法律关系的发生、变更和消灭。

事件是指不以当事人的主观意志为转移的，能引起经济法律关系的发生、变更和消灭的现象。它包括自然现象和社会现象两种，自然现象又称绝对事件，如自然灾害；社会现象又称相对事件，相对事件虽由人的行为引起，但其出现在特定经济法律关系中并不以当事人的意志为转移，如因人类战争导致的合同无法履行等。

有的经济法律关系的发生、变更和消灭，只需一个法律事实出现即可成立；有些经济法律关系的发生、变更或消灭则需要两个或两个以上的法律事实同时具备。引起某一经济法律关系的发生、变更或消灭的数个法律事实的总和，称为事实构成。如保险赔偿关系的发生，需要订立保险合同和发生保险事故两个法律事实出现才能成立。

## 第四节 经济法的体系和渊源

### 一、经济法的体系

经济法体系是由根据经济法律法规按一定的逻辑关系，建立起来的各个经济法部门所

组成的有机联系的整体。

经济法体系不同于经济法学体系。经济法学体系是指由多门类、多层次的经济法学的分支学科组成的有机联系的整体。二者之间既有联系，又有区别。二者的联系表现在：组成一国经济法体系的经济法部门，是该国经济法学研究的主要内容，在一定程度上影响着该国经济法体系的形成；一国经济法的发展及其体系的形成，又会影响该国经济法体系的建立与发展。二者的区别表现在：构成要素不同。经济法体系的构成要素是经济法部门，而经济法学体系的构成要素则是经济法学的各分支学科。经济法学的这些分支学科除了有与经济法体系中的经济法部门相对应的分支学科外，还有经济法原理、经济法制史学、比较经济法学等学科，这些学科无法与经济法部门相对应。

经济法体系是由经济法的调整对象决定的。根据前述经济法定义和调整对象的界定，经济法体系应由以下四部分组成。

### 1. 规范市场主体的法律制度

经济组织管理法的作用在于依法确立经济法主体，主要是依法确立市场主体。因此，这一部分也可以叫做市场主体法。主要包括企业登记注册制度、全民所有制工业企业法、集体所有制企业法、私营企业法、个人独资企业法、合伙企业法、外商投资企业法、公司法、破产法等。

### 2. 保障市场运行的法律制度

市场管理法主要是为了维护公平、自由竞争、保护国家、生产经营者及消费者的合法权益，防止“市场失灵”，保障市场机制有效运作，形成统一、开放、竞争、有序的大市场。主要包括反不正当竞争法、反垄断法、消费者权益保护法、产品质量法、工业产权法、广告管理法等。

### 3. 实施国家宏观经济调控的法律制度

宏观调控法主要是通过财政、税收、货币、价格等各种经济杠杆间接地调控市场，以影响改变市场主体的经营行为，从总体上保证经济的持续、健康、有序发展。主要包括计划法、税法、金融法、环境保护法、自然资源法等。

### 4. 规范社会分配的法律制度

指国家在对国民收入进行初次分配和再分配过程中所发生的经济关系及为生活发生困难的人提供必要的物质帮助的法律，主要包括劳动法、社会保障法等。

## 二、经济法的渊源

经济法的渊源是指其形式渊源而言的，其含义是经济法律规范借以表现的形式。经济

法的渊源具体有以下几种。

### 1. 宪法

宪法是国家的基本大法，是国家立法的法律基础，具有最高的法律效力，是经济立法的基本依据，任何经济法律的内容都不得与宪法的规定相抵触。宪法中规定了“国家实行社会主义市场经济”，“加强经济立法，完善经济调控”等有关经济法的重要内容。我国现行宪法是1982年颁布，经过1988年、1993年和1999年三次修订。宪法是经济法的重要渊源。

### 2. 法律

法律包括全国人民代表大会或全国人民代表大会常务委员会制定的法律。法律在法律规范体系中的地位，仅次于宪法，是经济法的重要渊源，如《中华人民共和国反不正当竞争法》、《中华人民共和国消费者权益保护法》、《中国人民银行法》等。

### 3. 行政法规

国务院是国家最高行政机关。国务院制定的各种法规称为行政法规，其地位仅次于宪法和法律。包括国务院发布的规定、命令、条例、细则等，它们都是经济法的重要渊源。

### 4. 部门规章

国务院所属各部委根据法律和行政法规，在本部门权限内发布的规章和其他规范性文件，也是经济法的重要渊源。

### 5. 地方性法规

省、自治区、直辖市人民代表大会及其常务委员会制定的地方性法规，省级人民政府所在地的市和经国务院批准的较大的市的人民代表大会及其常务委员会制定的地方性法规，均是经济法的重要渊源。

### 6. 地方政府规章

省、自治区、直辖市人民政府制定的地方性规章，省级人民政府所在地的市和经国务院批准的较大的市的人民政府制定的地方性规章，也都是经济法的重要渊源。

### 7. 国际条约、协定

我国作为经济法主体缔结或参加的国际条约、双边或多边协定等，也是经济法的渊源之一。

经济法的上述各种形式对比见表1-1。

表 1-1 经济法的形式对照表

经济法的形式	制定主体	地位及效力	表现形式
1. 宪法	全国人民代表大会制定和修改	具有最高法律效力	中华人民共和国宪法
2. 法律	全国人民代表大会及其常委会制定	仅次于宪法	中华人民共和国××法
3. 行政法规	国家最高行政机关国务院制定	仅次于宪法和法律	××条例，××实施细则等
4. 部门规章	国务院的组成部门及其直属机构制定	不得与宪法、法律和行政法规相抵触	××规章、××办法等
5. 地方性法规	省、自治区、直辖市人大及常委会制定		××地方××条例，暂行办法等
6. 地方政府规章	省、自治区、直辖市人民政府制定		××规定等
7. 国际条约、协定			

第五节 诉讼时效

一、诉讼时效的概念

诉讼时效是指权利人在法定期间内不行使权利，即丧失请求人民法院或仲裁机关保护其权利的权利。诉讼时效消灭的是一种请求权，而不消灭实体权利。因此，《民法通则》第一百三十八条规定：“超过诉讼时效期间，当事人自愿履行的，不受诉讼时效限制。”



诉讼时效属于国家法律的强制性规定，当事人均不得对其内容做任何修改。

二、诉讼时效期间

（一）诉讼时效期间的概念

诉讼时效期间是指权利人请求人民法院或仲裁机关保护其民事权利的法定期间。根据《民法通则》规定：“诉讼时效期间从知道或者应当知道权利被侵害时起计算。”如果权利人

不知道或不应当知道权利被侵害，诉讼时效期间即不应开始。但是，根据《民法通则》规定，从权利被侵害之日起超过 20 年的，人民法院不予保护。

## （二）诉讼时效期间的种类

根据法律对诉讼时效期间的规定不同，诉讼时效期间可分为以下几种。

### 1. 普通诉讼时效期间

这是由民法典统一规定的具有普遍意义的诉讼时效期间。我国《民法通则》第一百三十五条对普通诉讼时效期间做了规定，即向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为 2 年，法律另有规定的除外。

### 2. 特别诉讼时效期间

这是指民法典或单行法规特别规定的只适用于特定情况的诉讼时效期间。例如，《民法通则》第一百三十六条规定，身体受到伤害要求赔偿的、出售质量不合格的商品未声明的、延付或拒付租金的、寄存财物被丢失或损毁的，诉讼时效期间为 1 年。国际货物买卖合同和技术进出口合同争议提起诉讼或者申请仲裁的期限为 4 年。自当事人知道或者应当知道其权利受到侵害之日起计算。

## 三、诉讼时效的中止、中断与延长

### （一）诉讼时效的中止

诉讼时效的中止是指诉讼时效进行中，因发生一定的法定事由而使权利人不能行使请求权，暂时停止计算诉讼时效期间，以前经过的时效期间仍然有效，待阻碍时效进行的事由消失后，时效继续进行。根据《民法通则》第一百三十九条的规定，阻碍诉讼时效进行的事由为不可抗力和其他障碍。其他障碍是指除不可抗力外使权利人无法行使请求权的客观情况。

根据《民法通则》的规定，只有在诉讼时效期间的最后 6 个月内发生前述法定事由，才能中止时效的进行。如果在诉讼时效期间的最后 6 个月前发生上述法定事由，至最后 6 个月时法定事由已消失，则不能发生诉讼时效中止；但若该法定事由至最后 6 个月时仍然存在，则应自最后 6 个月时中止时效的进行。

### （二）诉讼时效的中断

诉讼时效的中断是指在诉讼时效进行中，因发生一定的法定事由，致使已经经过的时效期间统归无效，待时效中断的法定事由消除后，诉讼时效期间重新计算。根据《民法通则》第一百四十条的规定，引起诉讼时效中断的事由有：权利人提起诉讼；当事人一方

义务人提出请求履行义务的要求；当事人一方同意履行义务。

### （三）诉讼时效的延长

诉讼时效的延长是指人民法院对已经完成的诉讼时效，根据特殊情况而予以延长。这是法律赋予司法机关的一种自由裁量权，至于何为特殊情况，则由人民法院判定。

## 第六节 经济法律责任

### 一、经济法律责任的概念

经济法律责任是指经济法主体因实施了违反经济法律法规的行为而应承担的由法律规定的具有强制性的法律义务。

### 二、经济法律责任的种类及经济法律责任的履行

根据我国经济法律法规的规定，经济法主体可能承担的责任有以下几类。

（1）行政责任。是指国家行政机关对违反经济法律法规的单位和个人依行政程序所给予的制裁，包括行政处罚和行政处分。根据我国《行政处罚法》的规定，行政处罚的种类包括：警告；罚款；没收非法财物；责令停产、停业；暂扣或吊销许可证、暂扣或吊销营业执照；行政拘留；法律、行政法规规定的其他行政处罚。行政处分的种类有：警告；记过；记大过；降职；留用察看；开除等。

（2）民事责任。是指公民或法人违反民事义务所应承担的法律责任。经济法主体实施了侵权行为应该受到制裁，其主要形式是侵权赔偿，如返还财产；修理、重做、更换；赔偿损失；支付违约金；强制收购等。

（3）刑事责任。是指人民法院对于触犯国家刑法和经济法律的经济犯罪分子或法人所给予的制裁。根据我国《刑法》规定，刑事责任分为主刑和附加刑。主刑的种类包括：管制；拘役；有期徒刑；无期徒刑；死刑。附加刑的种类包括：罚金；剥夺政治权利；没收财产。附加刑也可以独立适用。对犯罪的外国人可以独立适用或附加适用驱逐出境。法律规定为单位犯罪的，单位应当负刑事责任，对单位判处罚金，并对直接负责的责任人员和其他直接责任人员判处刑罚。

一般将行政责任和民事责任中涉及经济内容的部分称为经济法律责任。

经济法律责任的履行包括两层含义：一是责任人主动实施其应承担的法律责任；二是由人民法院强制责任人实施发生法律效力的判决、裁定、调解书、支付令和其他法律文书所规定的义务。经济法律责任的履行是国家对经济法律关系保护的最终体现。它既可以是



被执行人的自觉履行，也可以是在被执行人不自觉履行的情况下，由人民法院强制执行。  
违反经济法律责任形式的对比见表 1-2。

表 1-2 违反经济法律责任的形式

违反经济法 法律责任形式	行政责任	民事责任	刑事责任
概念	略	略	略
追究责任主体	国家行政机关或国家授权 单位	当事人协商、人民法 院	国家审批机关
责任种类	行政处分、行政处罚	违约责任、侵权责任	主刑、附加刑
具体责任形式	单位：吊销营业执照等 个人：记过等	支付违约金、赔偿损 失等	主刑：5 个（略） 附加刑：3 个（略）



思考题

- 1. 试分析经济法的调整对象。
- 2. 举例说明经济法律关系的构成要素。
- 3. 简述经济权利与经济义务的关系。
- 4. 什么是法律事实？行为和事件有何区别？

## 第二篇 经济法主体法篇

## 第二章 内资企业法律制度

### 本章目的和任务

通过本章的学习，要求学生掌握全民所有制工业企业的组织机构和监督机构，个人独资企业的概念、设立、事务管理和权利、义务，合伙企业的概念、设立、财产与第三人的关系，合伙企业事务的执行、入伙、退伙的有关法律规定；理解全民所有制工业企业的权利、义务，合伙企业的解散和清算；了解企业的概念、特征及立法概况，全民所有制工业企业的概念、设立、变更和终止，个人独资企业法的立法概况及违反该法的法律责任，合伙企业的立法概况；并能运用所学的相关法律知识解决实践中的具体问题，为企业提供必要的法律服务。

### 本章要点

- 全民所有制工业企业法
- 个人独资企业法
- 合伙企业法

内资企业是指依法设立的、全部资本由中国境内投资者投资的企业，如全民所有制企业、集体所有制企业、合伙企业、个人独资企业等。本章主要介绍内资企业中的全民所有制工业企业法律制度、合伙企业法律制度和私营企业法律制度。

### 第一节 企业法概述

#### 一、企业的概念、特征和种类

##### （一）企业的概念

企业是指依法设立的以盈利为目的、从事商品生产经营和服务活动的独立核算的经济组织。企业有如下特征：

（1）企业是社会经济组织。企业作为社会经济组织，它必须是一定的人员和一定的物的结合，有自己的机构及工作程序要求，必须从事生产经营活动。

（2）企业是以盈利为目的从事生产经营活动的社会经济组织。企业必须从事生产经营活动，所谓生产经营活动是指创造社会财富的活动，包括生产、交易、服务等经营活动。企业从事生产经营活动又必须是以盈利为目的。

（3）企业是实行独立核算的社会经济组织。实行独立核算即是要在银行单独开设结算账户，独立建立账簿、编制财务会计报表，独立计算盈亏。

（4）企业是依法设立的社会经济组织。企业依法设立，即是合法的组织，能得到国家法律的认可和保护。

## （二）企业的分类

依据不同的标准，可将企业分为不同的类型：

（1）按企业财产所有制不同，可将企业分为全民所有制企业、集体所有制企业、私营企业、混合所有制企业等。

（2）按企业的所属行业，可将企业分为工业企业、农业企业、商业企业、建筑企业、各种服务性企业等。

（3）按企业的组织形式，可将企业分为独资企业、合伙企业、公司企业等。

（4）按企业的法律地位，可将企业分为法人企业和非法人企业。

除上述分类外，企业还可依据其他标准进行分类，如按企业规模大小的不同，可将企业分为大型企业、中型企业、小型企业；按企业行政隶属关系的不同，可将企业分为中央企业、地方企业、乡镇企业等。

## 二、我国企业法体系

企业法律制度这一概念在我国可以有两种理解：一是指关于企业设立、企业组织、企业运行和企业实施管理的具有普遍约束力的各种规范的总称；二是指关于企业的设立、组织和活动方面的具体法律、法规。我国现行的有关企业的法律、法规主要有：《中华人民共和国全民所有制工业企业法》（以下简称《全民所有制工业企业法》）、《中华人民共和国公司法》、《中华人民共和国合伙企业法》、《中华人民共和国私人独资企业法》、《中华人民共和国乡镇企业法》、《中华人民共和国中外合资经营企业法》、《中华人民共和国中外合作经营企业法》、《中华人民共和国外资企业法》、《中华人民共和国乡村集体所有制企业条例》、《中华人民共和国城镇集体所有制企业条例》、《中华人民共和国私营企业暂行条例》等。这些法律、法规针对我国各类企业的情况，对不同企业的法律地位、设立条件、组织机构、活动要求等分别做出了细致全面的规定。

## 第二节 全民所有制工业企业法

### 一、全民所有制工业企业法律制度概述

#### （一）全民所有制工业企业的概念

全民所有制工业企业，即国有工业企业，是指以生产资料的全民所有制为基础的，从事工业生产经营活动的，依法自主经营、自负盈亏、独立核算的商品生产和经营单位。

全民所有制工业企业的财产属于全民所有，国家依照所有权和经营权分离的原则授权企业经营管理。企业对国家授予其经营管理的财产享有占有、使用和依法处分的权利。全民所有制工业企业依法取得法人资格，以国家授予其经营管理的财产承担民事责任。

#### （二）全民所有制工业企业法的概念及其适用范围

全民所有制工业企业法有狭义和广义之分。狭义的全民所有制工业企业法是指国家最高立法机关依法制定的、调整国家在管理全民所有制工业企业以及全民所有制工业企业在生产经营活动中所发生的各种经济关系的法律，即《中华人民共和国全民所有制工业企业法》（以下简称《全民所有制工业企业法》），该法自1988年8月1日起施行。广义的全民所有制工业企业法是指国家立法机关或者国家机关依法制定的、调整国家在管理全民所有制工业企业以及全民所有制工业企业在生产经营活动中所发生的各种经济关系的法律规范的总称。由此，除了《全民所有制工业企业法》外，国家有关法律、行政法规和规章中关于全民所有制工业企业的法律规范，如1992年7月国务院发布并施行的《全民所有制工业企业转换经营机制条例》（以下简称《转换经营机制条例》）等，都属于全民所有制工业企业法的范畴。



全民所有制工业企业法除了适用于全民所有制工业企业外，其原则也适用于全民所有制交通运输、邮电、地质勘探、建筑安装、商业、外贸、物资、农林、水利企业。

### 二、全民所有制工业企业的设立、变更和终止

#### （一）全民所有制工业企业设立的条件

全民所有制工业企业的设立，是指依法组建全民所有制工业企业并使之成为企业法人的活动。

根据《全民所有制工业企业法》的规定，申请设立全民所有制工业企业，必须具备以

下各项条件：

- （1）产品为社会所需要。
- （2）有能源、原材料、交通运输的必要条件。
- （3）有自己的名称和生产经营场所。
- （4）有符合国家规定的资金。
- （5）有自己的组织机构。
- （6）有明确的经营范围。
- （7）法律、法规规定的其他条件。

## （二）企业设立的程序

设立全民所有制工业企业必须经过以下程序。

（1）依照法律和国务院规定，报请政府或者政府主管部门审核批准。这种审核批准分两种：一是设立全民所有制企业，其设立必是某一个全民所有制单位，该单位新设立一个企业会影响国有资产等方面的变化，它必须报经自己的主管部门或者政府审核批准；二是一些特殊经营范围还须经有关监督管理部门或者人民政府批准，如生产医药用品、食品、金银制品、录音录像制品等。

（2）办理工商登记。工商登记是企业取得合法地位的一种法律行为，企业只有在国家工商行政管理机关依法核准登记，并领取营业执照后，企业才能正式成立。我国《企业法人登记管理条例》及其实施细则对企业进行登记的条件、种类、程序、主管机关等都做出了严格的规定，设立全民所有制企业必须遵照其执行。

## （三）全民所有制工业企业的变更

全民所有制工业企业的变更，是指企业的合并、分立及其他事项的变更。根据《全民所有制工业企业法》及有关法律、法规的规定，全民所有制工业企业因需要可以做出变更。

### 1. 企业变更的形式

（1）合并。合并是指两个或两个以上的企业依照法律法规的规定程序变为一个企业的行为。其形式有吸收合并和新设合并两种。吸收合并是指接纳一个或一个以上的企业加入本企业，加入方解散并取消原法人资格，接纳方存续。新设合并是指企业与一个或一个以上的企业合并成为一个新企业，原合并各方解散，取消原法人资格。

（2）分立。分立是指一个企业依法分为两个或两个以上的企业的行为。企业分立也有两种方式：一是派生分立，即企业以一部分财产和业务另设一个新企业，原企业存续；二是新设分立，即企业以全部财产和业务新设两个或两个以上的企业，原企业解散。

（3）其他事项的变更。其他事项的变更是指企业在国家工商行政管理机关已登记的其

他事项的变更，如改变企业名称、住所、经营场所、法定代表人、经济性质、经营范围、经营方式、注册资本、经营期限，以及增设或者撤销分支机构等。

## 2. 企业变更的程序

（1）报经有关部门批准。根据《企业法人登记条例》的规定，企业办理变更登记前须报经政府主管部门或原审批机关批准。其中企业合并或分立的，合并或分立各方须就财产、债权债务等事项达成协议。

（2）办理变更登记手续。根据《企业法人登记条例》的规定，企业要求变更的，应在有关部门批准后 30 日内，向工商行政管理机关申请变更登记。办理变更登记时，应提交由其法定代表人签署的变更登记申请书、批准文件等有关文件、资料。因合并和分立致使原企业终止的，还应申请办理注销登记。

（3）公告。企业办理完变更登记事项后，应及时将变更情况予以公告。

### （四）全民所有制工业企业的终止

全民所有制工业企业的终止是指该企业法人资格的撤销，企业丧失权利能力和行为能力，不能再继续从事生产经营活动。企业终止时，必须保护其财产，依法清理债权债务。

## 1. 企业终止的原因

根据《全民所有制工业企业法》的规定，全民所有制工业企业终止的原因有四种。

（1）违反法律、法规被责令撤销。违反法律、法规被责令撤销的前提是企业有违法行为，如违反工商行政管理规定，搞非法经营活动；违反环保规定，造成环境污染等。有权决定撤销全民所有制工业企业的是政府及政府有关部门，其他非授权单位均无权撤销全民所有制工业企业。

（2）政府主管部门依照法律、法规的规定决定解散。企业的解散与被责令撤销不同。企业的解散应由企业的所有者决定，其解散的原因一般有五种：一是企业存续届满；二是企业设立的宗旨已经实现或者企业的经营业务已经完成；三是企业章程规定的其他解散事由已出现；四是企业因合并或分立需要解散；五是企业的投资人决定解散。在我国，全民所有制工业企业的所有者是国家，国家对企业的所有权多由政府主管部门行使。因此，全民所有制工业企业的解散由政府主管部门决定。但政府主管部门也不能随心所欲地决定解散企业，而必须是依照法律、法规的规定来决定。

（3）依法被宣告破产。企业因经营管理不善造成严重亏损，不能清偿到期债务，经人民法院审理决定，可以依法宣告企业破产，企业即告终止。

（4）其他原因。其他原因是指上述三种原因之外的由法律、法规规定的企业终止的原因，以及企业章程、协议规定的其他终止原因。

## 2. 企业终止的程序

（1）做出企业终止的正式决定或裁定。全民所有制工业企业终止时，必须依法做出正式的决定或裁定，这种决定或由企业做出，或由人民政府、企业主管部门、工商行政管理部门做出。企业破产裁定由人民法院做出。

（2）成立清算组，对企业财产进行清算。全民所有制工业企业终止时，必须成立清算组，对企业财产进行清算。终止原因不同，清算组的组成亦不同。企业被撤销、被政府主管部门决定解散的，由政府主管部门指定成立的清算组进行清算。企业被宣告破产的，由人民法院依法组织有关部门和有关人员组成清算组，进行清算。清算的主要内容包括两个方面：一是查清企业的财产，核实债权、债务，并登记造册；二是收回债权，清偿债务，依法处理剩余财产。

（3）办理注销登记。企业终止时，应持法定代表人签署的申请注销登记报告、审批机关的批准文件、清理债权债务的有关文件，到工商行政管理部门办理注销登记。经核准后，收缴《企业法人营业执照》及其副本，收缴公章，并将注销登记情况告知其开户银行。同时，企业终止时还应当向有关部门办理产权注销登记。

（4）公告。

## 三、全民所有制工业企业的权利和义务

### （一）全民所有制工业企业的权利

企业的权利是指按照国家法律的规定，企业能够为一定行为或不为一行为，以及要求他人为一定行为或不为一行为的资格。根据《全民所有制工业企业法》和《转换经营机制条例》等法律法规的规定，全民所有制工业企业的权利的主要内容可以概括为产、供、销和人、财、物两大方面。

#### 1. 产、供、销方面的权利

（1）生产经营决策权。企业可根据国家宏观计划指导和市场需要，自主做出生产经营决策，有权调整生产经营范围，有权要求需方企业或政府指定的单位签订合同，有权接受或拒绝任何部门单位在政府指令性计划外安排的生产任务。

（2）物资选购权。企业对指令性计划所需的物资，企业有权要求与供货方签订合同；企业对非指令性计划所需的物资，有权自主签订订货合同，并有权拒绝执行任何部门和地方政府指定的供货单位和供货渠道。

（3）产品销售权。企业有权自行销售指令性计划外产品，销售指令性计划超产的产品；有权在需方企业或政府指定的单位不履行合同时，自主销售指令性计划生产的产品。

(4) 进出口权。有权选择外贸代理企业参与同外商谈判；有权在境外提供劳务；有权根据国家规定进口自用的设备和其他物资；有权依法享有进口经营权；有权根据开展对外业务的实际需要，自主使用自有外汇安排业务人员出境。

(5) 产品劳务定价权。除法律有特别规定之外，企业生产的日用工业消费品，一般由企业自主定价；企业生产的生产资料，除国务院物价部门和省级物价部门颁布的价格分工管理目录所列的少数产品外，由企业自主定价；企业提供的加工、维修、技术协作等劳务，由企业自主定价。

(6) 联营、兼并权。企业有权采取法人型、合伙型、协议型等联营方式，与其他企业、事业单位联营；企业按照自愿、有偿的原则，可以兼并其他企业，但要报政府主管部门备案。

## 2. 人、财、物方面的权利

(1) 投资决策权。企业按照法律法规的规定，有权向国内外企业、事业单位投资，购买和持有其他企业的股份；经批准可以向境外投资开办企业；企业可以以留用资金和自筹资金从事生产性建设，能够自行解决建设和生产条件的，可自主立项。

(2) 人事劳动管理权。企业有权决定企业内部机构设置和人员编制；有权自主进行人事管理，有权聘用、考核管理人员和技术人员。有权根据需要，设置在本企业内有效的专业技术职务；有权依照政府有关规定，自主决定分配工资和资金的形式和方法，拒绝任何部门和单位对企业提出的向职工发放奖金和晋级增薪的要求。国务院有特殊规定的，从其规定。

(3) 留用资金支配权。企业在保值、增值的前提下，可自主决定税后留利中各项资金的比例和用途；有权支配使用生产发展基金；有权拒绝任何部门和单位无偿调拨企业留用资金或者强令企业以折旧费、大修理费补充上交利润。国务院有特殊规定的，从其规定。

(4) 债券发行权。企业有权按照《全民所有制工业企业法》和《企业债券管理条例》等规定，在境内依法发行债券。

(5) 资产处置权。企业根据生产经营的需要，对一般固定资产，可以自主决定出租、抵押或者有偿转让；对关键设备、成套设备或者重要建筑物可以出租，经政府主管部门批准也可以抵押、有偿转让。法律、法规另有规定的除外。

(6) 拒绝摊派权。企业有权拒绝任何部门和单位向企业摊派人力、物力、财力。企业可以向审计机关或者政府其他有关部门控告、检举、揭发摊派行为，要求做出处理。

## (二) 全民所有制工业企业的义务

根据《全民所有制工业企业法》和《转换经营机制条例》的规定，全民所有制工业企业的义务可以概括为对国家的义务、对社会的义务和对职工的义务三个方面。



### 1. 企业对国家的义务

- （1）遵守国家的法律、法规，坚持社会主义方向。
- （2）完成国家下达的指令性计划。
- （3）依法承担自负盈亏的责任。
- （4）确保国有资产的保值增值。
- （5）遵守国家关于财务、劳动工资、物价管理等方面的规定，接受财政、税务、审计、工商等部门的监督。
- （6）加强保卫工作，维护生产秩序，保护国家财产。

### 2. 企业对社会的义务

- （1）保证产品质量和服务质量，对用户和消费者负责。
- （2）履行依法订立的合同。
- （3）防止对环境的污染和破坏。

### 3. 企业对职工的义务

- （1）加强职工思想政治教育、法制教育、国防教育、科学文化教育和技术业务培训，提高职工队伍素质。
- （2）支持和奖励职工进行科学研究、发明创造，开展技术革新、合理化建议和劳动竞赛活动。
- （3）贯彻安全生产制度，改善劳动条件，做好劳动保护工作，实行安全生产。

## 四、全民所有制工业企业的组织机构

### （一）全民所有制工业企业的厂长负责制

《全民所有制工业企业法》规定，全民所有制工业企业实行厂长负责制。厂长负责制，是全民所有制工业企业的生产经营管理工作由厂长统一领导和全面负责的一种企业内部领导制度。

#### 1. 厂长的法律地位

《全民所有制工业企业法》第七条规定：“企业实行厂长负责制。厂长依法行使职权，受法律保护。”这一规定的实质是，明确了厂长在企业的中心地位——厂长对企业的物质文明建设和精神文明建设负有全面的责任。

（1）厂长在企业中，对内是生产经营管理系统的中心。企业的生产经营活动以及其他非经营活动都由厂长负责。企业的各个部门、各种形式的民主管理组织都要听从厂长的指挥，或是协助厂长决定企业的重大问题。

(2) 厂长在企业中,对外是企业的法定代表人。即厂长依法代表企业行使权力,进行民事、经济活动,如代表企业对外签订合同、进行各种诉讼活动等。

## 2. 厂长的职权

根据《全民所有制工业企业法》的规定,厂长领导企业的生产经营管理工作,行使下列职权:

(1) 依照法律和国务院的规定,决定或者报请审查批准企业的各项计划。

(2) 决定企业行政机构的设置。

(3) 提请政府主管部门任免或者聘任、解聘副厂级行政领导干部,法律和国务院另有规定的除外。

(4) 任免或者聘任、解聘企业中层行政领导干部,法律另有规定的除外。

(5) 提出工资调整方案、奖金分配方案和重要的规章制度,提请职工代表大会审查同意;提出福利基金使用方案和其他有关职工生活福利的重大事项的建议,提请职工代表大会审议决定。

(6) 依法奖惩职工,提请政府主管部门奖惩副厂级行政领导干部。

## 3. 厂长的产生和任免

根据《全民所有制工业企业法》的规定,厂长的产生除国务院另有规定外,由政府主管部门根据企业的情况采取下列方式中的一种:

(1) 政府主管部门委任或者招聘;

(2) 企业职工代表大会选举。

政府主管部门委任或者招聘的厂长人选,须征求职工代表的意见;企业职工代表大会选举的厂长,须报政府主管部门批准。

政府主管部门委任或者招聘的厂长,由政府主管部门免职或者解聘,并须征求职工代表的意见;企业职工代表大会选举的厂长,由职工代表大会罢免,并须报政府主管部门批准。

### (二) 全民所有制工业企业的职工代表大会制度

#### 1. 职工代表大会的性质

《全民所有制工业企业法》第五十一条规定:“职工代表大会是实行民主管理的基本形式,是职工行使民主管理权利的机构。”这一规定明确了职工代表大会的性质。它不是咨询机构和参谋机构,也不能视为企业的权利机构。

职工代表大会的性质可以从以下两个方面理解:

(1) 职工代表大会是企业实行民主管理的基本形式。在全民所有制工业企业实行民主管理是我国宪法确定的基本原则,也是我国社会主义制度的基本原则。实行民主管理有多

种形式，如职工代表大会、合理化建议活动、民主对话活动等，而职工代表大会是基本形式。说职工代表大会是民主管理的基本形式是因为它的群众性广，职工代表来自各个部门、各个方面，能够充分反映出广大职工的意愿，代表各个方面职工的利益。说它是民主管理的基本形式，还因为这种组织形式是国家法律规定的，它有一套产生办法、工作机构和工作程序，能够保障职工民主管理意见的落实。

（2）职工代表大会是职工行使民主管理权利的机构。在全民所有制工业企业，每个职工都有参加民主管理的权利，但民主管理是按大家的共同意志来管理，职工个人的意见需要变成大家的意见才能得到采纳，而能集中和反映职工意见的形式只能是职工代表大会。

## 2. 职工代表大会的职权

根据《全民所有制工业企业法》的规定，职工代表大会行使以下职权：

（1）听取和审议厂长关于企业的经营方针、长远规划、年度计划、基本建设方案、重大技术改造方案、职工培训计划、留用资金分配和使用方案、承包和租赁经营责任制方案的报告，提出意见和建议。

（2）审查同意或者否决企业的工资调整方案、奖金分配方案、劳动保护措施、奖惩办法及其他重要的规章制度。

（3）审议决定职工福利基金使用方案、职工住宅分配方案和其他有关职工生活福利的重大事项。

（4）评议、监督企业各级行政领导干部，提出奖惩和任免的建议。

（5）根据政府主管部门的决定选举厂长，报政府主管部门批准。

## 3. 职工代表大会的组织制度

根据《全民所有制工业企业法》和 1986 年 9 月 15 日发布的《全民所有制工业企业职工代表大会条例》的规定，职工代表大会的组织制度包括：

（1）职工代表大会的组织机构。职工代表大会的组织机构包括开会期间选出的主席团、工会委员会、专门小组（或专门委员会，下同）。

主席团成员由工人、技术人员、管理人员和企业的领导干部组成。其中工人、技术人员、管理人员应超过半数。主席团只负责主持会议。

工会委员会是职工代表大会的工作机构，负责职工代表大会的日常工作。

专门小组由职工代表大会根据需要设立，可以是临时性的，也可以是经常性的。其成员可以是职工代表，也可以是非职工代表，只要是经职工代表大会通过即可。

（2）职工代表大会的会议制度。职工代表大会至少每半年召开一次。每次会议必须有 2/3 以上的职工代表出席。遇到重大事项，经厂长、工会委员会或 1/3 以上职工代表提议，可以召开临时会议。职工代表大会进行选举或做出决议，必须经全体职工代表过半数通过。

职工代表大会在其职权范围内决定的事项，非经职工代表大会同意不得修改。

在职工代表大会闭会期间，需要临时解决的重要问题，由企业工会委员会召集职工代表团（组）长和专门小组负责人联席会议，协商处理，并向下一次职工代表大会报告予以确认。联席会议可以根据会议内容，邀请企业党政负责人或其他有关人员参加。



全民所有制工业企业的组织机构是本节的核心内容，要注意厂长的职权与职工代表大会的职权的区别、厂长产生的方式，以及职工代表大会的性质。

## 五、全民所有制工业企业的监督机构

对全民所有制工业企业实施监督职能的专门机构目前主要有稽查特派员和监事会。

### （一）稽查特派员

#### 1. 稽查特派员的职责



##### 相关链接

为了加强对国有重点大型企业的财务监督，1998年7月3日国务院发布了《国务院稽查特派员条例》，建立了稽查特派员制度。

稽查特派员是代表国家对国有重点大型企业行使监督权力的人员。稽查特派员依法维护国家作为所有者的权益，以财务监督为核心，对被稽查企业进行稽查，并对国务院负责。稽查特派员与被稽查企业的关系是监督与被监督的关系，不参与、不干预被稽查企业的经营管理活动。对已派入稽查特派员的国有重点大型企业，不再由国家有关监督机构派入监事会。

稽查特派员主要履行下列职责：① 检查被稽查企业主要负责人员贯彻执行有关法律、法规和国家政策的情况。② 查阅被稽查企业的财务报告、会计凭证、会计账簿等会计资料以及与企业经营管理活动有关的其他一切资料，验证被稽查企业的财务报告等资料是否真实反映其财务状况，主要包括资产负债情况、还债能力、获利能力、利润分配、资产运作、国有资产保值增值等。③ 监督被稽查企业是否发生侵害国有资产所有者权益的情况。④ 对被稽查企业主要负责人员的奖惩、任免提出建议。

#### 2. 稽查特派员的任职条件和管理

稽查特派员由国务院任免，一般由部级、副部级国家工作人员担任。为了保证稽查特派员履行职责，国家为稽查特派员配备稽查特派员助理若干名，协助其工作。稽查特派员

助理由人事部任免，一般由司（局）、处级国家工作人员担任。稽查特派员开展工作，设稽查特派员办事处。办事处由稽查特派员 1 名和稽查特派员助理若干名组成，实行稽查特派员负责制。稽查特派员和稽查特派员助理的任期为 3 年，可以连任。但是，对同一企业不得连任。1 名稽查特派员一般负责 5 个企业的稽查工作，一般每年到被稽查企业稽查两次，也可以不定期地到被稽查企业进行专门稽查。

稽查特派员的派出实行回避原则，不得派入其曾管辖行业内的企业，也不得派入其亲属担任高级管理职务的企业，不得在任何企业兼职。稽查特派员和稽查特派员助理不得接受被稽查企业的任何馈赠、报酬、福利待遇，不得在被稽查企业报销费用，不得参加有可能影响公正履行其职责的宴请、娱乐、旅游等活动，不得通过稽查工作为自己、亲友或者他人谋取私利，不得向被稽查企业透露稽查情况，不得泄露在稽查工作中了解和掌握的被稽查企业的商业秘密。

### 3. 稽查特派员的工作方式

稽查特派员可以采取下列方式开展工作：① 听取被稽查企业主要负责人员有关企业财务状况和经营管理情况的汇报，并可以提出质询；② 查阅被稽查企业的财务报告、会计凭证、会计账簿等会计资料以及与企业经营管理活动有关的其他一切资料；③ 调查、核实被稽查企业的财务状况和经营管理情况，并可以要求被稽查企业做出必要的说明；④ 向被稽查企业的职工了解情况、听取意见；⑤ 向财政、审计、税务、工商、监察等有关部门以及银行调查了解被稽查企业的财务状况和经营管理情况。

被稽查企业应当定期以书面形式向稽查特派员报告财务状况，如实提供情况，不得拒绝、隐匿、伪报。财政、审计、税务、工商、监察等有关部门以及银行，应当支持、配合稽查特派员的工作，为稽查特派员提供被稽查企业的有关情况和资料。

稽查特派员在稽查工作结束后，应当及时提交客观、真实、明确的稽查报告。稽查报告应当包括下列内容：① 被稽查企业财务状况的分析评价；② 被稽查企业经营管理情况和分析评价；③ 被稽查企业主要负责人员经营管理业绩的分析评价；④ 对被稽查企业主要负责人员奖惩、任免的建议；⑤ 国务院要求报告的或者稽查特派员认为需要报告的其他事项。

## （二）监事会



### 相关链接

国务院于 2000 年 3 月 15 日发布了《国有企业监事会暂行条例》，对监事会的职责等做出了规定。

国有重点大型企业监事会由国务院派出，对国务院负责，代表国家对国有重点大型企业的国有资产保值增值状况实施监督。监事会以财务监督为核心，根据有关法律、行政法

规和财政部的有关规定，对企业的财务活动及企业负责人的经营管理行为进行监督，以确保国有资产及其权益不受侵犯。监事会的职责及工作方式与稽查特派员的职责及工作方式基本相同。

监事会由主席一人、监事若干人组成，监事会成员不得少于三人。监事会主席由国务院任命，其职责主要有四项：一是召集、主持监事会会议；二是负责监事会的日常工作；三是审定、签署监事会的报告和其他重要文件；四是履行应当由监事会主席履行的其他职能。监事分为专职监事和兼职监事，专职监事从有关部门选任，兼职监事由国务院有关部门、单位派出的代表和企业职工代表担任。

## 第三节 个人独资企业法

### 一、个人独资企业法概述

#### （一）个人独资企业的概念和特点

个人独资企业是指依照《个人独资企业法》在中国境内设立，由一个自然人投资，财产为投资人个人所有，投资人以其个人财产对企业债务承担无限责任的经营实体。个人独资企业具有以下特征：

- （1）个人独资企业是由一个自然人投资的企业。
- （2）个人独资企业的投资人对企业的债务承担无限责任。
- （3）个人独资企业的内部机构设置简单，经营管理方式灵活。
- （4）个人独资企业是非法人企业。

#### （二）个人独资企业法的概念和基本原则

##### 1. 个人独资企业法的概念

个人独资企业法有广义和狭义之分，广义的个人独资企业法，是指国家关于个人独资企业的各种法律规范的总称；狭义的个人独资企业法是指 1999 年 8 月 30 日第九届全国人大常委会第十一次会议通过的《中华人民共和国个人独资企业法》，该法共六章四十八条。

##### 2. 个人独资企业法的基本原则

- （1）依法保护个人独资企业的财产和其他合法权益。
- （2）个人独资企业从事经营活动必须遵守法律、行政法规，遵守诚实信用原则，不得损害社会公共利益。
- （3）个人独资企业应当依法履行纳税义务。
- （4）个人独资企业应当依法招用职工。

（5）个人独资企业职工合法权益受法律保护。

## 二、个人独资企业的设立

### （一）个人独资企业的设立条件

（1）投资人为一个自然人，且只能是中国公民。

（2）有合法的企业名称。企业名称应与其责任形式及从事的营业相符合。个人独资企业的名称中不得使用“有限”、“有限责任”或者“公司”字样，个人独资企业的名称可以叫厂、店、部、中心、工作室等。

（3）有投资人申报的出资。《个人独资企业法》对设立个人独资企业的出资数额未做限制。设立个人独资企业可以用货币出资，也可以用实物、土地使用权、知识产权或者其他财产权利出资。采取实物、土地使用权、知识产权或者其他财产权利出资的，应将其折算成货币数额。投资人申报的出资额应当与企业的生产经营规模相适应。以家庭共有财产作为个人出资的，投资人应当在设立（变更）登记申请书上予以注明。

（4）有固定的生产经营场所和必要的生产经营条件。

（5）有必要的从业人员。

### （二）个人独资企业的设立程序

申请设立个人独资企业，应当由投资人或者其委托的代理人向个人独资企业所在地的登记机关提出设立申请。投资人申请设立登记时应当向登记机关提交下列文件：① 设立申请书；② 投资人身份证明；③ 企业住所证明和生产经营场所使用证明等文件；④ 委托代理人申请设立登记的，应当提交投资人的委托书和代理人的身份证明或者资格证明；⑤ 其他文件。从事法律、行政法规规定须报经有关部门审批的业务的，应当提交有关部门的批准文件。

登记机关应当在收到设立申请文件之日起 15 日内，对符合《个人独资企业法》规定条件的予以登记，并发给营业执照；对不符合个人独资企业法规定条件的，不予登记，并发给企业登记驳回通知书。个人独资企业的营业执照的签发日期，为个人独资企业成立日期。

个人独资企业设立分支机构，应当由投资人或者其委托的代理人向分支机构所在地的登记机关申请设立登记。分支机构的民事责任由设立该分支机构的个人独资企业承担。

## 三、个人独资企业的投资人及事务管理

### （一）个人独资企业的投资人的条件、权利及责任

根据《个人独资企业法》的规定，个人独资企业的投资人为一个具有中国国籍的自然

人,但法律、行政法规禁止从事营利性活动的人,不得作为投资人申请设立个人独资企业。根据我国有关法律、行政法规规定,国家公务员、党政机关领导干部、警官、法官、检察官、商业银行工作人员等人员,不得作为投资人申请设立个人独资企业。

个人独资企业投资人对本企业的财产依法享有所有权,其有关权利可以依法进行转让或继承。企业的财产不论是投资人的原始投入,还是经营所得均归投资人所有。个人独资企业投资人对企业的债务要承担无限责任。



个人独资企业投资人在申请企业设立登记时,明确以其家庭共有财产作为个人出资的,应当依法以家庭共有财产对企业债务承担无限责任。

## (二) 个人独资企业的事务管理

### 1. 个人独资企业事务管理的方式

个人独资企业投资人可以自行管理企业事务,也可以委托或者聘用其他具有民事行为能力的人负责企业的事务管理。投资人委托或者聘用他人管理个人独资企业事务,应当与受托人或者被聘用的人签订书面合同。

投资人对受托人或者被聘用的人员职权的限制,不得对抗善意第三人。个人独资企业的投资人与受托人或者被聘用的人员之间有关权利义务的限定只对受托人或者被聘用的人员有效,对第三人并无约束力,受托人或者被聘用的人员超出投资人的限制与善意第三人的有关业务交往应当有效。

《个人独资企业法》规定,投资人委托或者聘用的管理个人独资企业事务的人员不得有下列行为:① 利用职务上的便利,索取或收受贿赂;② 利用职务或者工作上的便利侵占企业财产;③ 挪用企业的资金归个人使用或者借贷给他人;④ 擅自将企业资金以个人名义或者以他人名义开立账户存储;⑤ 擅自以企业财产提供担保;⑥ 未经投资人同意,从事与本企业相竞争的业务;⑦ 未经投资人同意,同本企业订立合同或者进行交易;⑧ 未经投资人同意,擅自将企业商标或者其他知识产权转让给他人使用;⑨ 泄露本企业的商业秘密;⑩ 法律、行政法规禁止的其他行为。

### 2. 个人独资企业事务管理的内容

(1) 会计事务管理。个人独资企业应当依法设置会计账簿,进行会计核算。

(2) 用工管理事务。个人独资企业招用职工的,应当依法与职工签订劳动合同,保障职工的劳动安全,按时、足额发放职工工资。

(3) 社会保险事务。个人独资企业应当按照国家规定参加社会保险,为职工缴纳社会保险费。



## 四、个人独资企业的权利和工商管理

### （一）个人独资企业的权利

根据《个人独资企业法》，个人独资企业享有以下权利：

- （1）依法申请贷款。
- （2）依法取得土地使用权。
- （3）拒绝摊派权。
- （4）法律、行政法规规定的其他权利。

### （二）个人独资企业的工商管理

根据《个人独资企业登记管理办法》的规定，个人独资企业在存续期间登记事项发生变更的，应当办理变更登记，并应在做出变更决定之日起的15日内依法向登记机关申请办理变更登记。

登记机关应当在收到按规定提交的全部文件之日起15日内，做出核准登记或者不予登记的决定。予以核准的，换发营业执照或者发给变更登记通知书；不予核准的，发给企业登记驳回通知书。

根据《个人独资企业登记管理办法》的规定，个人独资企业应当按照登记机关的要求，在规定的时间内接受年度检验。登记机关依法对个人独资企业进行审查，以确认个人独资企业继续经营的资格。个人独资企业营业执照分为正本和副本，正本和副本具有同等法律效力。个人独资企业应当将营业执照正本置放在企业住所的醒目位置。任何单位和个人不得伪造、涂改、出租、转让营业执照。任何单位和个人不得承租、受让营业执照。

## 五、个人独资企业的解散和清算

### （一）个人独资企业的解散

个人独资企业的解散是指个人独资企业终止活动使其民事主体资格消灭的行为。根据《个人独资企业法》第二十六条的规定，个人独资企业有下列情形之一的，应当解散：① 投资人决定解散；② 投资人死亡或者宣告死亡，无继承人或者继承人决定放弃继承；③ 被依法吊销营业执照；④ 法律、行政法规规定的其他情形。

### （二）个人独资企业的清算

个人独资企业解散时，应当进行清算。《个人独资企业法》对个人独资企业的清算做了如下规定。

(1) 通知和公告债权人。个人独资企业解散, 由投资人自行清算或者由债权人申请人民法院指定清算人进行清算。投资人自行清算的, 应当在清算前 15 日内书面通知债权人, 无法通知的, 应当予以公告。债权人应当在接到通知之日起 30 日内, 未接到通知的应当在公告之日起 60 日内, 向投资人申报其债权。

(2) 财产清偿顺序。个人独资企业解散的, 财产应当按照下列顺序清偿: ① 所欠职工工资和社会保险费用; ② 所欠税款; ③ 其他债务。个人独资企业财产不足以清偿债务的, 投资人应当以其个人的其他财产予以清偿。

(3) 清算期间对投资人的要求。清算期间, 个人独资企业不得开展与清算目的无关的经营活动。在按前述财产清偿顺序清偿债务前, 投资人不得转移、隐匿财产。

(4) 投资人的持续偿债责任。个人独资企业解散后, 原投资人对个人独资企业存续期间的债务仍应承担偿还责任, 但债权人在五年内未向债务人提出偿债请求的, 该责任消灭。

(5) 注销登记。个人独资企业清算结束后, 投资人或者人民法院指定的清算人应当编制清算报告, 并于清算结束之日起 15 日内向原登记机关申请注销登记。

## 六、违反《个人独资企业法》的法律责任

### (一) 投资人违法行为应承担的法律责任

(1) 违反《个人独资企业法》规定, 提交虚假文件或采取其他欺骗手段, 取得企业登记的, 责令改正, 处以 5 000 元以下的罚款; 情节严重的, 并处吊销营业执照。

(2) 违反《个人独资企业法》规定, 个人独资企业使用的名称与其在登记机关登记的名称不相符合的, 责令限期改正, 处以 2 000 元以下的罚款。

(3) 违反《个人独资企业法》规定, 涂改、出租、转让营业执照的, 责令改正, 没收违法所得, 处以 3 000 元以下的罚款; 情节严重的, 吊销营业执照。伪造营业执照的, 责令停业, 没收违法所得, 处以 5 000 元以下的罚款。构成犯罪的, 依法追究刑事责任。

(4) 个人独资企业成立后无正当理由超过 6 个月未开业的, 或者开业后自行停业连续 6 个月以上的, 吊销营业执照。

(5) 违反《个人独资企业法》规定, 未领取营业执照, 以个人独资企业名义从事经营活动的, 责令停止经营活动, 处以 3 000 元以下的罚款。

(6) 违反《个人独资企业法》规定, 侵犯职工合法权益, 未保障职工劳动安全, 不缴纳社会保险费用的, 按照有关法律、行政法规予以处罚, 并追究有关人员的责任。

(7) 在清算前或清算期间隐匿或转移财产, 逃避债务的, 依法追回其财产, 并按照有关规定予以处罚; 构成犯罪的, 依法追究刑事责任。

(8) 违反《个人独资企业法》规定, 应当承担民事赔偿责任和缴纳罚款、罚金, 其财

产不足以支付的，或者被判处没收财产的，应当先承担民事赔偿责任。

### （二）管理人员对投资人造成损害或侵犯投资人权益的法律责任

投资人委托或者聘用的人员管理个人独资企业事务时违反双方订立的合同，给投资人造成损害的，承担民事赔偿责任。

投资人委托或者聘用的人员违反《个人独资企业法》第二十条规定，侵犯个人独资企业财产权益的，责令退还侵占的财产；给企业造成损失的，依法承担赔偿责任；有违法所得的，没收违法所得；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

### （三）企业登记机关及其上级部门有关人员的法律责任

登记机关对不符合《个人独资企业法》规定条件的个人独资企业予以登记，或者对符合本法规定条件的企业不予登记的，对直接责任人员依法给予行政处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

登记机关上级部门的有关主管人员强令登记机关对不符合《个人独资企业法》规定条件的企业予以登记，或者对符合《个人独资企业法》规定条件的企业不予登记的，或者对登记机关的违法登记行为进行包庇的，对直接责任人员依法给予行政处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

## 第四节 合伙企业法

### 一、合伙企业法律制度概述

#### （一）合伙企业的概念

合伙企业是指依法在中国境内设立的由各合伙人订立合伙协议，共同出资、合伙经营、共享收益、共担风险，并对合伙企业债务承担无限连带责任的盈利性组织。合伙企业的特征，可以概括为以下几项。

（1）由各合伙人组成。一个合伙企业，至少由两个以上的合伙人组成。

（2）以合伙协议为法律基础。合伙协议是合伙人建立合伙关系，确定合伙人各自的权利义务，使合伙企业得以设立的前提，也是合伙企业的基础。没有合伙协议，合伙企业便不能成立。

（3）内部关系属于合伙关系。所谓合伙关系，就是共同出资、共同经营、共享收益、共担风险的关系。

（4）合伙人对合伙企业债务承担无限连带责任。其含义：一是当合伙企业财产不足以清偿合伙企业债务时，合伙人应以其在合伙企业出资以外的财产清偿债务；二是每一合伙

人对企业债务都有清偿的义务，债权人可以就合伙企业财产不足以清偿的那部分债务，向任何一个合伙人要求全部清偿。

## （二）合伙企业法的概念及其适用范围

合伙企业法有广义和狭义之分。狭义的合伙企业法是指由国家最高立法机关依法制定的、规范合伙企业合伙人关系的专门法律，即《中华人民共和国合伙企业法》（以下简称《合伙企业法》）。该法由第八届全国人大常委会第二十四次会议于1997年2月通过，自1997年8月1日起施行。广义的合伙企业法是指国家立法机关或者其他权力机关依法制定的、调整合伙企业合伙关系的各种法律规范的总称。因此，除了《合伙企业法》外，国家有关法律、行政法规和规章中关于合伙企业的法律规范，都属于合伙企业法的范畴。

《合伙企业法》适用于按照现行行政管理划分规定应由工商行政管理机关登记管理的合伙企业。采用合伙制的律师事务所、会计师事务所、医生诊所等组织，由于其归其他行政主管部门登记管理，不适用于《合伙企业法》。《合伙企业法》规定的合伙企业，仅限于以自然人为合伙人的企业，不包括企业法人之间的合伙型联营。此外，《合伙企业法》也不适用于不具备企业形态的契约型合伙。

## 二、合伙企业的设立

### （一）合伙企业设立的条件

设立合伙企业应当具备下列条件：

（1）有两个以上合伙人，并且都是依法承担无限责任者。合伙人应当为具有完全民事行为能力的人，无民事行为能力人和限制民事行为能力人不得成为合伙企业设立时的合伙人。国家公务员、人民警察、法官、检察官等法律、行政法规规定禁止从事盈利性活动的人，不得成为合伙企业的合伙人。

（2）有书面合伙协议。合伙协议是由各合伙人通过协商，共同决定相互间的权利义务所达成的具有法律约束力的文件。合伙协议应当依法由全体合伙人协商一致，以书面形式订立。合伙协议经全体合伙人签名、盖章后生效。合伙人依照合伙协议享有权利，承担责任。

（3）有各合伙人实际缴付的出资。合伙协议生效后，合伙人应当按照合伙协议的规定缴纳出资。合伙人可以用货币、实物、土地使用权、知识产权或者其他财产权缴纳出资。合伙人对于自己用于缴纳出资的财产或者财产权，拥有合法的处分权。此外，经全体合伙人协商一致，合伙人也可以用劳务出资。

（4）有合伙企业名称。合伙企业在其名称中不得使用“有限”或者“有限责任”的字样。

（5）有营业场所和从事经营的必要条件。

## （二）合伙企业的设立登记

合伙企业的设立登记程序如下：① 向企业登记机关提出申请，并提交全体合伙人签署的合伙申请书、全体合伙人的身份证明、合伙协议、出资权属证明、经营场所证明以及其他文件。法律、行政法规规定设立合伙企业须报经有关部门审批的，还应当提交有关批准文件。② 企业登记机关审核，做出是否登记的决定。企业登记机关应当自收到申请登记文件之日起 30 日内，做出是否登记的决定。对符合《合伙企业法》规定条件的，予以登记，发给营业执照；对不符合《合伙企业法》规定条件的，不予登记，并应当给予书面答复，说明理由。

合伙企业的营业执照签发日期，为合伙企业的成立日期。合伙企业领取营业执照前，合伙人不得以合伙企业的名义从事经营活动。合伙企业设立分支机构，应当向分支机构所在地企业登记机关申请登记，领取营业执照。

## 三、合伙企业财产

### （一）合伙企业财产的构成

（1）合伙人的出资。当合伙人的出资转入合伙企业时就变成了合伙企业的财产。

（2）以合伙企业名义取得的收益。合伙企业作为一个独立的经济实体，以其名义取得的收益作为合伙企业获得的财产，成为合伙企业财产的一部分。

### （二）合伙企业财产的性质

合伙企业的财产只能由全体合伙人共同管理和使用。在合伙企业存续期间，除非有合伙人退伙等法定事由，合伙人不得请求分割合伙企业的财产。合伙企业的合伙财产具有共有财产的性质，对合伙财产的占用、使用、收益和处分，均应依据全体合伙人的共同意志进行。

### （三）合伙企业财产的转让

合伙企业财产的转让是指合伙人将自己在合伙企业中的财产份额转让给他人。由于合伙企业及其财产性质的特殊性，其财产的转让，将会影响到合伙企业以及各合伙人的切身利益，因此，《合伙企业法》对合伙企业财产的转让做了以下限制性规定：① 合伙企业存续期间，合伙人向合伙人以外的人转让其在合伙企业中的全部或者部分财产份额时，须经其他合伙人一致同意；② 合伙人之间转让在合伙企业中的全部或者部分财产份额时，应当通知其他合伙人；③ 合伙人依法转让其财产份额时，在同等条件下，其他合伙人有优先受让的权利。

合伙人以其在合伙企业中的财产份额出质的，须经其他合伙人一致同意。未经其他合

伙人一致同意，合伙人以其在合伙企业中的财产份额出质的，其行为无效，或者作为退伙处理，并对由此给其他合伙人造成的损失依法承担赔偿责任。

经全体合伙人同意，合伙人以外的人依法受让合伙企业财产份额时，经修改合伙协议即成为合伙企业新的合伙人，合伙企业的各合伙人依照修改后的合伙协议享有权利和承担责任。

## 四、合伙企业的事务执行

### （一）合伙事务执行的形式

合伙人执行合伙企业事务，有全体合伙人共同执行合伙企业事务与委托 1 名或数名合伙人执行合伙企业事务两种形式。

全体合伙人共同执行合伙企业事务是合伙企业事务执行的基本形式，也是在合伙企业中经常使用的一种形式。在采取这种形式的合伙企业中，按照合伙企业协议的约定，各个合伙人都直接参与经营，处理合伙企业的事务，对外代表合伙企业。

委托 1 名或数名合伙人执行合伙企业事务，即由合伙协议约定或者全体合伙人决定委托 1 名或数名合伙人执行合伙企业事务，对外代表合伙企业。未接受委托执行合伙企业事务的其他合伙人，不再执行合伙企业的事务。但合伙企业的下列事务必须经全体合伙人一致同意：① 处分合伙企业的不动产；② 改变合伙企业名称；③ 转让或者处分合伙企业的知识产权和其他财产权利；④ 向企业登记机关申请办理变更登记手续；⑤ 以合伙企业名义为他人提供担保；⑥ 聘任合伙人以外的人担任合伙企业的经营管理人员；⑦ 依照合伙协议约定的有关事项。

### （二）合伙人在执行合伙企业事务中的权利和义务

#### 1. 合伙人在执行合伙企业事务中的权利

合伙人在执行合伙企业事务中的权利主要有以下内容：① 合伙人平等享有合伙事务执行权；② 执行合伙事务的合伙人对外代表合伙企业；③ 不参加执行事务的合伙人有权监督执行事务的合伙人，检查其执行合伙企业事务的情况；④ 各合伙人有权查阅合伙企业的账簿和其他有关文件；⑤ 合伙人有提出异议权和撤销委托执行事务权。

在合伙人分别执行合伙事务的情况下，由于合伙事务执行人的行为所产生的亏损和责任要由全体合伙人承担，因此，《合伙企业法》规定，经合伙协议约定或者经全体合伙人决定，合伙人分别执行合伙企业事务时，合伙人可以对其他合伙人执行的事务提出异议。提出异议时，应暂停该项事务的执行。如果发生争议，可由全体合伙人共同决定。被委托执行合伙事务的合伙人 not 按照合伙决议或者全体合伙人的决定执行事务的，其他合伙人可以决定撤销该委托。

## 2. 合伙人在执行合伙企业事务中的义务

合伙人在执行合伙企业事务中的义务主要有以下内容：① 合伙事务执行人向不参加执行事务的合伙人报告事务执行情况以及企业经营状况和财务状况；② 合伙人不得自营或者同他人合作经营与本合伙企业相竞争的业务；③ 合伙人不得同本合伙企业进行交易；④ 合伙人不得从事损害本合伙企业利益的活动。

### （三）合伙事务执行的决议办法

合伙人依法或者按照合伙协议对合伙企业有关事项做出决议时，除合伙企业另有规定或者合伙协议中另有约定外，经全体合伙人决定可以实行一人一票的表决办法。

### （四）合伙企业的损益分配

（1）合伙损益的内容。合伙损益包括两方面的内容：一是合伙利润，二是合伙亏损。

（2）合伙损益分配原则。合伙损益由合伙人依照合伙协议约定的比例分配和分担。合伙协议未约定损益分配比例的，由各合伙人平均分配和分担。合伙协议不得约定将全部利润分配给部分合伙人或者由部分合伙人承担全部责任。

### （五）非合伙人参与经营管理

经全体合伙人同意，合伙企业可以聘任合伙人以外的人担任合伙企业的经营管理人员。被聘任的合伙企业的经营管理人员应当在合伙企业授权范围内履行职务。超越合伙企业授权范围从事经营活动，或者因故意或者重大过失，给合伙企业造成损失的，依法承担赔偿责任。

## 五、合伙企业与第三人的关系

合伙企业与第三人的关系，实际上是指有关合伙企业的对外关系，涉及合伙企业对外代表权的效力、合伙企业和合伙人的债务清偿等问题。

### （一）对外代表权的效力

《合伙企业法》规定，执行合伙企业事务的合伙人，对外代表合伙企业。依据这一规定，可以取得合伙企业对外代表权的合伙人，主要有三种情况：① 由全体合伙人共同执行合伙企业事务的，全体合伙人都有权代表合伙企业，即全体合伙人都取得了合伙企业的对外代表权。② 由部分合伙人执行合伙企业事务的，只有受委托执行合伙企业事务的那一部分合伙人有权对外代表合伙企业。③ 由于特别授权在单项合伙事务上有执行权的合伙人，依照授权范围可以对外代表合伙企业。

执行合伙企业事务的合伙人，在取得对外代表权后，可以以合伙企业的名义开展经营

活动，在其授权的范围内做出法律行为。

合伙人执行合伙事务的权利和对外代表合伙企业的权利，都会受到一定的内部限制。《合伙企业法》规定，合伙企业对合伙人执行合伙企业事务以及对外代表合伙企业权利的限制，不得对抗不知情的善意第三人。

## （二）合伙企业和合伙人的债务清偿

### 1. 合伙企业的债务清偿与合伙人的关系

（1）合伙企业对其债务，应先以其全部财产进行清偿。合伙企业财产不足清偿到期债务的，各合伙人应当承担无限连带清偿责任。各合伙人所有个人的财产，除去依法不可执行的财产，如合伙人及其家属的生活必需品、已设定抵押权的财产等，均可用于清偿。

（2）以合伙企业财产清偿合伙企业债务时，其不足的部分，由各合伙人按照合伙企业分担亏损的比例，用其在合伙企业出资以外的财产承担清偿责任。合伙协议没有约定的，由各合伙人平均分担。

需要注意的是，合伙人之间的分担比例对债权人没有约束力。债权人可以根据自己的清偿利益，请求全体合伙人中的一人或数人承担全部清偿责任，也可以按照自己确定的比例向各合伙人分别追索。如果合伙人实际支付的债务数额超过其依照既定比例所应承担的数额，该合伙人有权就超过部分向其他未支付或者未足额支付应承担数额的合伙人追偿。



合伙企业的合伙人对合伙企业的债务由合伙企业财产未清偿部分，合伙人不得以对内债务分担的按份性来对抗对外债务承担的连带性，也不得以对外债务承担的连带性来对抗对内债务承担的按份性。

### 2. 合伙人的债务清偿与合伙企业的关系

（1）合伙企业中某一合伙人的债权人，不得以该债权抵消其对合伙企业的债务。

（2）合伙人个人负有债务，其债权人不得代位行使该合伙人在合伙企业中的权利。

（3）合伙人个人财产不足清偿其个人所负债务的，该合伙人只能以其从合伙企业中分取的收益用于清偿；债权人也可依法请求人民法院强制执行该合伙人在合伙企业中的财产份额用于清偿。



在以合伙人的财产份额清偿其个人债务的情况下，需要注意：一是这种清偿必须通过民事诉讼法规定的强制执行程序进行，债权人不得自行接管债务人在合伙企业中的财产份额；二是在强制执行个别合伙人在合伙企业中的财产份额时，其他合伙人有优先受让的权利。



## 案例 2-1

甲、乙、丙三人经协商后，决定成立一个合伙企业共同经营服装加工生意，并签订了书面的合伙协议。甲、乙以现金的形式分别出资 20 万元和 10 万元，丙意欲以劳务出资。在合伙企业存续期间，乙因兴趣转移不愿再经营服装加工生意，而将其在合伙企业中的全部财产份额转让给丁。甲、丙、丁三人继续营业，并推举甲作为合伙企业的代表，执行合伙企业事务。甲的职权范围为：20 万元以内的业务，甲可以自行决定；超过 20 万元的业务，须经全体合伙人一致同意。甲以合伙企业的名义与戊签订了一份价款为 30 万元人民币的服装销售合同，结果合伙企业没有按照合同提供服装，对戊造成 50 万元损失，戊要求合伙企业承担损失赔偿责任。丙、丁以甲、戊签订服装销售合同未事先跟他们商量为由拒绝承担合同损失。



## 案例分析

在本案中，甲、乙、丙的出资方式符合法律规定，并且出资额构成合伙企业财产，但丙以劳务出资须经全体合伙人协商一致。乙将其在合伙企业中的财产份额全部转让给丁，首先须经其他合伙人甲、丙一致同意，其在同等条件下，甲和丙对其转让的财产份额有优先受让的权利。在同等条件下，除非甲、丙放弃受让乙转让的份额，原则上乙不能将其份额转让给丁。合伙企业事务可由全体合伙人执行，也可委托 1 名或数名合伙人执行，甲执行合伙企业事务也符合法律规定。甲与戊签订的合同为有效合同，根据《合伙企业法》的规定，合伙企业对合伙人执行合伙企业事务，以及对外代表合伙企业权利的限制，不得对抗不知情的善意第三人。因此，丙、丁拒绝承担合同损失的理由不成立，但甲超越授权范围做出法律行为，其个人也应承担一定的责任。

## 六、入伙与退伙

### （一）入伙

入伙是指在合伙企业存续期间，合伙人以外的第三人加入合伙，从而取得合伙人资格。新合伙人入伙时，应当经全体合伙人同意，并依法订立书面协议。订立入伙协议时，原合伙人应当向新合伙人告知原合伙企业经营状况和财务状况。入伙的新合伙人与原合伙人享有同等的权利，承担同等的责任。入伙的新合伙人对入伙前合伙企业的债务承担连带责任。

### （二）退伙

退伙是指合伙人退出合伙企业，从而丧失合伙人资格。合伙人退伙一般有两种原因：一是自愿退伙，二是法定退伙。

自愿退伙是指合伙人基于自愿意思表示而退伙。自愿退伙可以分为协议退伙和通知退伙两种。合伙协议约定合伙企业的经营期限的,有下列情形之一时,合伙人可以退伙:① 合伙协议约定的退伙事由出现;② 经全体合伙人同意退伙;③ 发生合伙人难以继续参加合伙企业的事由;④ 其他合伙人严重违反合伙协议约定的义务。合伙协议未约定合伙企业的经营期限的,合伙人在不给合伙企业事务执行造成不利影响的情况下,可以退伙,但应当提前 30 日通知其他合伙人。合伙人违反上述规定擅自退伙的,应当赔偿由此给其他合伙人造成的损失。

法定退伙是指合伙人因出现法律规定的事由而退伙。法定退伙分为当然退伙和除名两类。合伙人有下列情形之一的,为当然退伙:① 死亡或者被依法宣告死亡;② 被依法宣告为无民事行为能力人;③ 个人丧失偿债能力;④ 被人民法院强制执行在合伙企业中的全部财产份额。当然退伙以法定事由实际发生之日为退伙生效日。

合伙人有下列情形之一的,经其他合伙人一致同意,可以决议将其除名:① 未履行出资义务;② 因故意或者重大过失给合伙企业造成损失;③ 执行合伙企业事务时有不正当行为;④ 合伙协议约定的其他事由。对合伙人的除名决议应当书面通知被除名人。被除名人自接到除名通知之日起,除名生效,被除名人退伙。被除名人对除名决议有异议的,可以在接到除名通知之日起 30 日内,向人民法院起诉。

合伙人退伙后还要处理的相关事务包括两个方面:一是财产继承问题;二是退伙结算问题。① 关于财产继承问题。《合伙企业法》规定,合伙人死亡或者被依法宣告死亡的,对该合伙人在合伙企业中的财产份额享有合法继承权的继承人,依照合伙协议的约定或者经全体合伙人同意,从继承开始之日起,即取得该合伙企业的合伙人资格。合法继承人不愿意成为该合伙企业的合伙人的,合伙企业应退还其依法继承的财产份额。合法继承人为未成年人的,经其他合伙人一致同意,可以在其未成年时由监护人代行其权利。② 关于退伙结算问题。《合伙企业法》规定,合伙人退伙的,其他合伙人应当与该退伙人按照退伙时的合伙企业的财产状况进行结算,退还退伙人的财产份额。退伙时有未了结的合伙企业事务的,待了结后进行结算。退伙人在合伙企业中财产份额的退还办法,由合伙协议约定,或者由全体合伙人决定,可以退还货币,也可以退还实物。

合伙人退伙以后,并不能解除对于合伙企业既往债务的连带责任。《合伙企业法》规定,退伙人对其退伙前已发生的合伙企业债务,与其他合伙人承担连带责任。

## 七、合伙企业解散与清算

### (一) 合伙企业解散

合伙企业解散是指各合伙人解除合伙协议,合伙企业终止活动。合伙企业有下列情形

之一的，应当解散：① 合伙协议约定的经营期限届满，合伙人不愿意继续经营的；② 合伙协议约定的解散事由出现；③ 全体合伙人决定解散；④ 合伙人已不具备法定人数；⑤ 合伙协议约定的合伙目的已经实现或者无法实现；⑥ 被依法吊销营业执照；⑦ 出现法律、行政法规规定的合伙企业解散的其他原因。

## （二）合伙企业清算

合伙企业解散的，应当进行清算。

### 1. 通知和公告债权人

合伙企业解散后应当进行清算，并通知和公告债权人。

### 2. 确定清算人

合伙企业解散，清算人由全体合伙人担任；不能由全体合伙人担任清算人的，经全体合伙人过半数同意，可以自合伙企业解散后 15 日指定 1 名或者数名合伙人，或者委托第三人，担任清算人。15 日内未确定清算人的，合伙人或者其他利害关系人可以申请人民法院指定清算人。

### 3. 清算人的职责

清算人在清算期间履行下列职责：① 清理合伙企业财产，分别编制资产负债表和财产清单；② 处理与清算有关的合伙企业未了结的事务；③ 清缴所欠税款；④ 清理债权、债务；⑤ 处理合伙企业清偿债务后的剩余财产；⑥ 代表合伙企业参与民事诉讼活动。

### 4. 财产清算顺序

合伙企业财产在支付清算费用后，按下列顺序清偿：① 合伙企业所欠招用的职工工资和劳动保险费用；② 合伙企业所欠税款；③ 合伙企业的债务；④ 返还合伙人的出资。

合伙企业财产按上述顺序清偿后仍有剩余的，按合伙协议约定的利润分配比例进行分配。合伙协议未约定利润分配比例的，由合伙人平均分配。合伙企业清算时，其全部财产不足清偿其债务的，由其合伙人以个人的财产，按照合伙协议约定的比例承担清偿责任；合伙协议未约定比例的，平均承担清偿责任。

### 5. 清算结束

在清算期间，如果全体合伙人以个人财产承担清偿责任后，仍不足清偿合伙企业债务的，应当结束清算程序。对于未能清偿的债务，由原合伙人继续承担连带清偿责任。但是，如果债权人在连续 5 年内未向债务人提出清偿请求，则债务人的清偿责任归于消灭。

清算结束后，清算人应当编制清算报告，经全体合伙人签名、盖章后，在 15 日内向企业登记机关报送清算报告，办理合伙企业注销登记。

## 八、违反合伙企业法的法律责任

根据《合伙企业法》的规定，违反合伙企业法的法律责任主要包括以下内容。

### （一）合伙人违法行为应承担的法律责任

（1）违反合伙企业法规定，提交虚假文件或者采取其他欺骗手段，取得企业登记的，责令改正，可以处以 5 000 元以下的罚款；情节严重的，撤销企业登记。

（2）违反合伙企业法规定，在合伙企业名称中使用“有限”或者“有限责任”字样的，责令限期改正，可以处以 2 000 元以下的罚款。

（3）违反合伙企业法规定，未依法领取营业执照，而以合伙企业名义从事经营活动的，责令停止经营活动，可以处以 5 000 元以下的罚款。

（4）合伙企业登记事项发生变更时，未按照合伙企业法的规定办理有关变更登记的，责令限期改正；逾期不登记的，处以 2 000 元以下的罚款。

（5）合伙人在执行合伙企业事务中，将应当归合伙企业的利益占为己有的，或者采取其他手段侵占合伙企业财产的，责令将该利益和财产退还合伙企业；给合伙企业或者其他合伙人造成损失的，依法承担赔偿责任；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

（6）合伙人对合伙企业法规定或者合伙协议约定必须经全体合伙人同意才能执行的事务，擅自处理，给合伙企业或者其他合伙人造成损失的，依法承担赔偿责任。

（7）不具有合伙事务执行权的合伙人，擅自执行合伙企业事务，给合伙企业或其他合伙人造成损失的，依法承担赔偿责任。

（8）合伙人违反合伙企业法的规定，从事与本合伙企业相竞争的业务或者与本合伙企业进行交易的，给合伙企业或者其他合伙人造成损失的，依法承担赔偿责任。

（9）合伙人违反合伙协议约定的，应当依法承担违约责任。合伙人履行合伙协议发生争议的，合伙人可以通过协商或者调解解决。合伙人不愿意通过协商、调解解决或者协商、调解不成的，可以依据合伙协议中的仲裁条款或者事后达成的书面仲裁协议，向仲裁机构申请仲裁。当事人没有在合伙协议中订立仲裁条款，事后又没有达成书面仲裁协议的，可以向人民法院起诉。

### （二）合伙企业职工违法行为应承担的法律责任

合伙企业招用的职工利用职务上的便利，将合伙企业财物非法占为己有或者挪用合伙企业资金归个人使用的，依法承担民事责任；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

个人独资企业法与合伙企业法的对比如表 2-1 所示。

表 2-1 个人独资企业法与合伙企业法比较表

企业法种类 主要区别	合伙企业法	个人独资企业法
概念	略	略
特征	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 合伙人组成</li> <li>• 合伙协议</li> <li>• 内部合伙关系</li> <li>• 无限连带责任</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 一个自然人投资</li> <li>• 无限责任</li> <li>• 内部机构简单</li> <li>• 非企业法人</li> </ul>
原则或适用	适用在工商行政管理部门登记的自然人为合伙人的企业，不适用契约型合伙和企业法人之间的合伙型联营	原则：5 项（略）
设立条件	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 二人以上（无限连带责任）</li> <li>• 合法的名称</li> <li>• 实际缴付出资</li> <li>• 生产经营场所、条件</li> <li>• 书面合伙协议</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 一个自然人（中国公民）</li> <li>• 合法的名称</li> <li>• 投资人申报的出资</li> <li>• 生产经营场所、条件</li> <li>• 必要的人员</li> </ul>
程序	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 提出申请</li> <li>• 工商登记</li> </ul>	与合伙企业法相同
事务管理或执行	事务执行形式： <ul style="list-style-type: none"> <li>• 共同执行</li> <li>• 委托执行</li> </ul>	管理方式：自行管理、委托聘用管理 管理内容：3 项（略）
权利、义务	权利：5 项    义务：4 项	权利：4 项
解散原因	7 项（略）	4 项（略）
清算程序	4 项（略）	5 项（略）



## 思考题

1. 试述全民所有制工业企业的权利和义务。
2. 什么是厂长负责制？试分析全民所有制工业企业厂长（经理）的法律地位和职权。
3. 试述全民所有制企业职工代表大会的性质和职权。
4. 简述合伙企业的概念及设立应具备的条件。

5. 试述合伙企业财产的范围、性质及财产转让的有关法律规定。
6. 简述合伙企业事务的执行方式及责任承担。
7. 合伙企业债务如何清偿?
8. 简述个人独资企业设立的条件与程序。
9. 简述个人独资企业的权利。



## 案例分析题

1. 某企业是全民所有制工业企业。2004 年 1 月政府主管部门委托张某为该企业厂长。张某上任后, 任命李某为企业副厂长并对企业行政机构进行了改组和重新设置。因张某、李某不懂经营管理, 上任后不久企业严重亏损, 2004 年 12 月经企业 1/3 以上职工代表提议, 召开了临时职工代表大会。临时职工代表大会决议, 罢免张某、李某厂长职务, 并选举王某为企业新厂长。王某上任后, 由于经营有方, 企业不久扭亏为盈, 经企业职工代表大会决议, 给厂长晋升一级工资, 并给予物质奖励。

**要求:** 评论上述各项活动是否符合法律规定, 并说明理由。

2. 甲、乙、丙、丁拟设立一合伙企业, 其书面合伙协议中有以下内容: ① 甲以劳务出资; 乙、丙以现金出资; 丁以房产使用权出资。② 合伙企业事务由甲全权负责, 乙、丙、丁不得过问企业事务, 也不承担企业亏损的民事责任。

**要求:** 简述上述合伙协议的违法之处, 并说明理由。

3. 甲、乙、丙三人于 2004 年 10 月 1 日书面订立了一份合伙协议。协议约定, 三人共同出资 10 万元开设一家综合商店, 其中甲出资 4 万元, 乙出资 3 万元, 丙出资 3 万元; 三人按出资比例分享收益或分摊亏损。2004 年 10 月 20 日, 三人缴清了全部出资, 并经登记管理机关核准登记领取了营业执照。2005 年 2 月 1 日, 为了解决资金周转困难, 甲、乙、丙三人向荣昌市商业银行 (以下简称银行) 贷款 8 万元, 期限为 1 年。2005 年 5 月 1 日, 甲向乙、丙二人提出, 准备将自己在综合商店的全部财产份额以 4 万元的价格转让给丁后, 自己退出综合商店, 乙、丙二人协商后表示同意。2005 年 5 月 10 日, 甲办理了退伙结算手续; 丁向甲交付了 4 万元; 乙、丙向丁介绍了有关综合商店的经营和财务状况后, 共同修订了合伙协议, 并向原登记管理机关办理了变更登记手续。2005 年年终结算, 该综合商店发生严重亏损。2006 年 1 月 20 日, 乙、丙、丁三人商定解散综合商店, 并将综合商店现有 5 万元予以分配, 但对如何清偿银行贷款未做处理。2006 年 2 月 2 日, 银行贷款到期后, 银行便找甲要求偿还全部贷款, 甲说自己早已退出综合商店, 对合伙债务自己不负责, 应由丁来承担。银行找到丁要求偿还全部贷款, 丁说这笔贷款是在自己入伙前由甲、乙、

丙三人借的，自己不负责。银行又找乙、丙要求偿还全部贷款，乙、丙均表示只按合伙协议约定的比例偿还应由其偿付的份额。

**要求：**根据以上事实，请回答下列问题。

- （1）丁入伙是否符合入伙的条件和程序？并说明理由。
- （2）甲、乙、丙、丁的主张能否成立？并说明理由。
- （3）综合商店所欠银行贷款应如何清偿？
- （4）甲、乙、丙、丁之间如何分担清偿责任？

4. 2006年2月1日，张某出资10万元设立了甲个人独资企业（以下简称甲企业）。由张某自己经营管理甲企业。2006年10月5日，甲企业发生亏损，不能支付到期所欠李某的债务，张某决定解散企业，并请求法院指定清算人。10月10日，人民法院指定王某为清算人对甲企业进行清算。经查，甲企业和张某的资产及债权债务情况如下：甲企业欠税款4000元，欠雇工工资10000元，欠社会保险费10000元，欠李某20万元；甲企业银行存款2万元，实物折价16万元；张某在乙合伙企业出资12万元，占50%的出资额，乙合伙企业每年可向合伙人分配利润；张某个人其他可执行的财产价值2万元。

**要求：**根据以上事实，请回答下列问题。

- （1）试述甲企业的财产清偿顺序。
- （2）如何满足李某的债权请求？

## 第三章 外商投资企业法律制度

### 本章目的和任务

通过本章的学习，要求学生掌握外商投资企业设立的程序，组织形式、出资方式、出资期限，中外合作经营企业先行收回投资等内容；理解外商投资企业的含义、经营管理，三种类型外商投资企业的区别；了解外商投资企业的立法概况、期限、终止和清算，并能明确加以区别，且能够运用所学知识解决现实中的具体问题。

### 本章要点

- 中外合资经营企业法
- 中外合作经营企业法
- 外资企业法

外商投资企业是指依照中国的法律规定，经中国政府批准，在中国境内设立的，由中国投资者和外国投资者共同投资或者仅由外国投资者投资的企业。外商投资企业包括中外合资经营企业、中外合作经营企业、外资企业三种主要形式，以及中外合资股份有限公司形式。外商投资企业均属中国企业，外商投资企业必须遵守中国的法律，受中国法律的保护和管辖，国家有关机关依法对外商投资企业实行管理和监督。本章主要介绍中外合资经营企业法律制度、中外合作经营企业法律制度、外资企业法律制度。

### 第一节 中外合资经营企业法律制度

#### 一、中外合资经营企业的概念

中外合资经营企业（简称合营企业）是指外国的公司、企业和其他经济组织，依照中国的法律和行政法规，经中国政府批准，设在中国境内的，由双方共同投资、共同经营，并按照投资比例共担风险、共负盈亏的企业。





合营企业法律制度主要包括 1979 年 7 月 1 日发布并于 1990 年 4 月 4 日修订的《中华人民共和国中外合资经营企业法》（以下简称《中外合资经营企业法》），以及 1983 年 9 月发布的《中华人民共和国中外合资经营企业法实施条例》。

## 二、中外合资经营企业的设立

### （一）设立合营企业的条件

申请设立的合营企业，必须符合下列一项或数项要求：① 采用先进技术和科学管理方法，能增加产品品种，提高产品质量和产量，节约能源和材料；② 有利于技术改造，能做到投资少、见效快、收益大；③ 能扩大产品出口，增加外汇收入；④ 能培训技术人员和经营管理人员。

对于申请设立的合营企业有损中国主权、违反中国法律、不符合中国国民经济发展要求、造成环境污染的，签订的协议合同章程显属不公平、损害合营一方权益的不予批准。

### （二）设立合营企业的审批机关

设立合营企业必须经国家对外经济贸易主管部门（以下简称审批机关）审查批准。合营企业批准设立后，由审批机关发给批准证书。但具备以下两个条件的，审批机关可以委托有关的省、自治区、直辖市人民政府或者国务院有关行政机关（以下简称受托机关）审批：① 投资总额在国务院规定的限额以内，中国合营者的资金来源已经落实的；② 不需要国家增拨原材料，不影响燃料、动力、交通运输、外贸出口配额等全国平衡的。受托机关批准设立合营企业后，应报审批机关备案，并由审批机关发给批准证书。

### （三）设立合营企业的程序

根据《中外合资经营企业法》及其实施条例的规定，设立合营企业一般要经过如下程序：① 由中国合营者向企业主管部门呈报拟与外国合营者设立合营企业的项目建议书和初步可行性研究报告。② 由中国合营者向审批机关报送下列文件：设立合营企业的申请书；合营各方共同编制的可行性研究报告；由合营各方授权代表签署的合营企业协议、合同和章程；由合营各方委派的合营企业董事人选名单，以及由合营各方协商确定或由董事会选举产生的董事长、副董事长人选名单；中国合营者的企业主管部门和合营企业所在地的省、自治区、直辖市人民政府对设立该合营企业签署的意见。③ 由审批机关审查批准。审批机关自接到中国合营者按规定报送的全部文件之日起，在 3 个月内决定批准或者不批准。④ 向工商行政管理机关申请登记。合营企业申请人应在收到审批机关发给的批准证书后 1 个

月内，向合营企业所在地的工商行政管理机关办理合营企业的登记手续，领取营业执照。合营企业的营业执照签发日期，即为合营企业的成立日期。

### 三、中外合资经营企业的注册资本与合营各方的出资方式、出资期限

#### （一）合营企业的注册资本

合营企业的注册资本是指为设立合营企业在工商行政管理机关登记注册的资本，应为合营企业各方认缴的出资额之和。在合营企业的注册资本中，外国合营者的投资比例一般不低于 25%。合营企业在合营期限内，不得减少其注册资本，但因投资总额和生产经营规模等发生变化，确需减少注册资本的，须经审批机关批准。对合营企业在合营期限内增加注册资本，法律没有禁止。合营企业注册资本的增加、减少，应当由合营企业董事会会议通过，并报原审批机关批准，向原工商行政管理机关办理变更登记手续。

合营企业的投资总额是指按照合营企业合同、章程规定的生产规模需要投入的基本建设资金和生产流动资金的总和。如果合营各方的出资额之和达不到投资总额，可以以合营企业的名义进行借款。合营企业的注册资本与企业借款必须保持一个适当的、合理的比例。现行有关规定如下：① 合营企业的投资总额在 300 万美元以下（含 300 万美元）的，其注册资本至少应占投资总额的 7/10。② 合营企业的投资总额在 300 万美元以上至 1000 万美元（含 1000 万美元）的，其注册资本至少应占投资总额的 1/2，其中投资总额在 420 万美元以下的，注册资本不得低于 210 万美元。③ 合营企业的投资总额在 1000 万美元以上至 3000 万美元（含 3000 万美元）的，其注册资本至少应占投资总额的 2/5，其中投资总额在 1250 万美元以下的，注册资本不得低于 500 万美元。④ 合营企业的投资总额在 3000 万美元以上的，其注册资本至少应占投资总额的 1/3，其中投资总额在 3600 万美元以下的，注册资本不得低于 1200 万美元。

#### 案例 3-1

中、日两家公司拟在中国设立一合资经营企业，双方达成协议条款之一是：合资企业投资额为 300 万美元，注册资本拟为 200 万美元，其中外方出资 102 万美元，占总股本的 51%，中方出资 98 万美元，占总股本的 49%。



#### 案例分析

在该案例中，注册资本数额不符合法律规定，依照有关法律规定，按最低注册资本要求，该注册资本总额应为 210 万美元。按外方占总股本 51% 比例计算，其出资额应为 107.1 万美元，按中方占总股本 49% 比例计算，中方出资额应为 102.9 万美元。

## （二）合营企业合营各方的出资方式

合营企业合营各方可以用现金出资，也可用实物、工业产权、专有技术、土地使用权等作价出资。以实物、工业产权、专有技术作为出资的，其价值应经评估确定。合营各方按照合营合同的规定向合营企业认缴的出资，必须是合营者自己所有的现金，自己所有并且未设立任何担保物权的实物、工业产权、专有技术等。凡是以实物、工业产权、专有技术作价出资的，出资者应当出具拥有所有权和处置权的有效证明。

作为外国合资者出资的机器设备或者其他物料，必须符合下列各项条件：① 为合营企业生产所必不可少的；② 中国不能生产，或虽能生产但价格过高或者技术性能和供应时间上不能保证需要的；③ 作价不得高于同类机器设备或其他物料当时的国际市场价格。

作为外国合资者出资的工业产权或专有技术，必须符合下列条件之一：① 能生产中国急需的新产品或出口适销产品的；② 能显著改进现有产品的性能、质量、提高生产效率的；③ 能显著节约原材料、燃料、动力的。外国合营者以工业产权或专有技术作为出资，应提交该工业产权或专有技术的有关资料；外国合营者作为出资的机器设备或其他物料、工业产权或专有技术，应经中国合营者的企业主管部门审查同意，报审批机关批准。

中国合营者可以用为合营企业经营期间提供的土地使用权作为出资，如果土地使用权未作为中国合营者出资的一部分，合营企业应向中国政府缴纳土地使用费。



合营企业任何一方不得用以合营企业名义取得的贷款、租赁的设备或者其他财产以及合营者以外的他人财产作为自己的出资，也不得以合营企业的财产和权益或者合营他方的财产和权益为其出资担保。

### 案例 3-2

承案例 3-1，中、日双方达成的协议主要条款之二是：中方拟以其经依法评估和有关机关确认的机器设备、厂房、办公楼、有偿获得的土地使用权和资金出资（其办公楼已为下属企业贷款而作抵押），外方拟以机器设备和美元现金出资。



#### 案例分析

在该条款中，外方出资方式符合法律规定，中方出资则有不符合法律规定之处。根据规定合营各方可以自己所有的机器设备、建筑物、现金、无形资产出资，但不得以其已设定担保的财产作为出资，中方以其设定抵押的办公楼作为出资，不符合有关法律规定。

## （三）合营企业合营各方的出资期限

合营各方应当在合营合同中订明出资期限，并且应当按照合营合同规定的期限缴清各

自的出资。合营合同规定一次缴清出资的，合营各方应当从营业执照签发之日起 6 个月内缴清；合营合同规定分期缴付出资的，合营各方第一期出资，不得低于各自认缴出资额的 15%，并且应当在营业执照签发之日起 3 个月内缴清。

外商投资企业投资者分期出资的总期限为：① 注册资本在 50 万美元以下（含 50 万美元）的，自营业执照核发之日起 1 年内，应将资本全部缴齐；② 注册资本在 50 万美元以上 100 万美元以下（含 100 万美元）的，自营业执照核发之日起 1 年半内，应将资本全部缴齐；③ 注册资本在 100 万美元以上 300 万美元以下（含 300 万美元）的，自营业执照核发之日起 2 年内，应将资本全部缴齐；④ 注册资本在 300 万美元以上 1000 万美元以下（含 1000 万美元）的，自营业执照核发之日起 3 年内，应将资本全部缴齐；⑤ 注册资本在 1000 万美元以上的，出资期限由审批机关根据实际情况审定。

通过收购国有企业资产或股权设立合营企业的外国投资者，应自合营企业营业执照颁发之日起 3 个月内支付全部购买金。对特殊情况需要延长支付者，经审批机关批准后，应自营业执照颁发之日起 6 个月内支付购买总金额的 60% 以上，在 1 年内付清全部购买金，并按实际缴付的出资额的比例分配收益。控股投资者在付清全部购买金额之前，不能取得企业决策权，不得将其在企业中的权益、资产以合并报表的方式纳入该投资者的财务报表。

合营企业合同经审批后，如确因特殊情况需要超过合同规定的缴资期限延期缴资的，应报原审批机关批准和登记机关备案，并办理相关手续。合营企业的投资者均须按合同规定的比例和期限同步缴付认缴的出资额。因特殊情况不能同步缴付的，应报原审批机关批准，并按实际缴付的出资额比例分配收益。对合营企业控股的投资者，在其实际缴付的投资额未达到其认缴的全部出资额之前，不能取得企业决策权，不得将其在企业中的权益、资产以合并报表的方式纳入该投资者的财务报表。

### 案例 3-3

承案例 3-2，中日双方达成的协议条款之三是：从合营企业营业执照签发之日起，合营双方分期缴付出资，其中：中方第一次出资为前述固定资产和土地使用权，折合为 70 万美元，在 3 个月内缴付；第二次出资为货币，为 28 万美元，在 3 个月内缴付；外方第一次出资为货币，为 12 万美元，在 3 个月内缴付；第二次出资为机器设备，折合为 90 万美元，在 6 个月内缴付。



#### 案例分析

在这一条款中，中方分期认缴出资的安排符合法律规定，外方分期认缴出资的安排则有不妥之处。因为，依照有关规定，合营各方分期出资的，第一次出资不得低于各自认缴出资额 15%，并且应从合资企业注册登记之日起 3 个月内缴纳，而外方第一次出资额未达

到其认缴出资额的 15%，故为不妥。

#### （四）合营企业出资额的转让

合营企业出资额的转让是指在合营企业中合营一方将其全部或者部分出资额转让给合营另一方或者第三者。

合营一方向第三者转让其全部或者部分出资时，须经合营他方同意，并报审批机关批准，向登记机关办理变更登记手续。合营一方转让全部或者部分出资时，合营他方有优先购买权。合营一方向第三者转让出资的条件，不得比向合营他方转让的条件优惠。违反上述规定的，其转让无效。

### 四、中外合资经营企业的组织形式和组织机构

#### （一）合营企业的组织形式

合营企业的组织形式为有限责任公司。合营企业合营各方以其认缴的出资额对企业承担有限责任，合营企业以其全部资产对其债务承担责任。

#### （二）合营企业的组织机构

根据《中外合资经营企业法》及其实施条例的规定，合营企业的组织机构是董事会和经营管理机构。

##### 1. 董事会

合营企业的董事会是合营企业的最高权力机构。合营企业的组织形式虽然是有限责任公司，但并不设立股东会。

董事会由董事长、副董事长及董事组成。董事会成员不得少于 3 人。董事长和副董事长由合营各方协商确定或者由董事会选举产生。中外合营者的一方担任董事长的，由他方担任副董事长。董事长是合营企业的法定代表人。董事名额的分配由合营各方参照出资比例协商确定，董事由合营各方按照分配的名额委派和撤换。董事任期 4 年，可以连任。

董事会的职权是按照合营企业章程的规定，讨论决定合营企业的一切重大问题，包括：企业发展规划、生产经营活动方案、收支预算、利润分配、劳动工资计划、停业，以及总经理、副总经理等高级管理人员的任命或聘请及其职权和待遇等。

董事会会议由董事长召集，董事长不能召集时，可以由董事长委托副董事长或者其他董事召集。董事会会议每年至少召开 1 次。经 1/3 以上的董事提议，可召集董事会临时会议。董事会会议应有 2/3 以上董事出席方能举行。董事不能出席，可出具委托书委托他人代表其出席和表决。董事会会议一般应在合营企业的法定地址所在地举行。

下列事项由出席董事会会议的董事一致通过方可做出决议：① 合营企业章程的修改；

② 合营企业的中止、解散；③ 合营企业注册资本的增加、转让；④ 合营企业与其他经济组织的合并。

## 2. 经营管理机构

合营企业的经营管理机构，负责企业的日常经营工作。经营管理机构设总经理 1 人，副总经理若干人，其他高级管理人员若干人。总经理、副总经理由合营企业董事会聘请，可以由中国公民担任，也可以由外国公民担任。



合营企业组织形式虽为有限责任公司，但不设股东会和监事会，只设董事会和经营管理机构，董事会是合营企业的最高权力机构。

### 案例 3-4

承案例 3-3，中日双方达成的协议主要条款之四是：合营企业的组织形式为股份有限公司，合营企业以股东大会为最高权力机构，以总经理为企业法人代表。



#### 案例分析

在这一条款中，合营协议约定采取股份有限公司形式是不正确的，因为中外合资经营企业的组织形式应为有限责任公司。协议约定以股东大会为合营企业的最高权力机构是不正确的，合营企业设董事会和经营管理机构，董事会是合营企业的最高权力机构。合营企业的法定代表人是董事长，而不是协议中约定的总经理。

## 五、中外合资经营企业的经营管理

### （一）合营企业的生产经营管理

合营企业在其合同规定和批准登记的经营范围内，享有生产经营自主权。

合营企业按照合营合同规定的经营范围和生产规模所制定的生产经营计划（包括购买物资计划、产品销售计划、外汇收支计划、劳动工资计划等），由董事会批准执行，报企业主管部门备案。企业主管部门和各级计划管理部门，不得对合营企业下达指令性生产经营计划。

合营企业所需的机器设备、原材料、燃料、配套件、运输工具和办公用品等，有权自行决定在中国市场购买或者在国际市场购买。

中国政府鼓励合营企业向国际市场销售产品。合营企业生产的产品，属于中国急需的或中国需要进口的，可以在中国国内市场销售。

## （二）合营企业的财务与会计管理

合营企业应当建立健全财务会计管理机构，执行国家统一的财务会计制度，根据中国有关的法律和财务会计制度的规定，制定适合本企业的财务会计制度，并报当地财政、税务机关备案。合营企业应向合营各方、当地税务机关、主管财政机关、企业主管部门报送季度和年度的会计报表。年度会计报表应抄报原审批机关。

合营企业设总会计师，协助总经理负责企业的财务会计工作。必要时，可以设副总会计师。合营企业可以设审计师，负责审查、稽核合营企业的财务收支和会计账目，向董事会、总经理提出报告。

合营企业原则上采用人民币为记账本位币，但经合营各方商定，也可采用某一种外国货币为记账本位币。以外币记账的合营企业，除编制外币的会计报表外，还应另编折算人民币的会计报表。

合营企业的税后利润中可向出资人分配的利润，按照合营企业各方出资比例进行分配。合营企业以前年度尚未分配的利润，可并入本年度的利润中进行分配。合营企业以前年度的亏损未弥补前不得分配利润。

合营企业的下列文件、证件、报表，应经中国注册会计师验证和出具证明方为有效；

① 合营各方的出资证明书；② 合营企业的年度会计报表；③ 合营企业清算的会计报表。

## （三）合营企业的劳动用工管理

合营企业在劳动用工方面享有自主权，同时也要遵守中国的法律和行政法规的规定。合营企业用工实行劳动合同制，劳动合同由合营企业同本企业的工会组织代表职工集体签订，规模较小的合营企业，也可以由合营企业同职工个人签订。劳动合同的内容一般包括：合营企业职工的雇用、解雇和辞退，生产和工作任务，工资和奖惩，工作时间和假期，劳动保险和生活福利，劳动保护，劳动纪律等事项。劳动合同签订后，须经省级人民政府劳动管理部门批准。

# 六、中外合资经营企业的合营期限、解散与清算

## （一）合营企业的合营期限

合营企业的合营期限是指合营各方根据中国的法律、行政法规的规定和合营企业的经营目标的期望，在合营合同中对合营企业存续期间的规定。有关合营企业的合营期限的具体规定如下。

举办的合营企业属于下列行业的，合营各方应当依照国家有关法律、行政法规的规定，在合营合同中约定合营企业的合营期限。这些行业包括：① 服务性行业，如饭店、公寓、

写字楼、娱乐、饮食、出租汽车、彩扩、洗相、维修、咨询等；② 从事土地开发及经营房地产的；③ 从事资源勘察开发的；④ 国家规定限制投资项目的；⑤ 国家其他法律、法规规定需要约定合营期限的。

合营企业的合营期限，一般项目原则上为 10~30 年。投资大、建设周期长、资金利润率低的项目，以及外国合营者提供先进技术或者关键技术生产尖端产品的项目，或者在国际上有竞争能力的产品的项目，其合营期限可以延长到 50 年。经国务院特别批准的，可以在 50 年以上。

对于属于国家规定鼓励投资和允许投资项目的合营企业，除上述行业外，合营各方可以在合同中约定合营期限，也可以不约定合营期限。

约定合营期限的合营企业，合营各方同意延长合营期限的，应当在距合营期限届满 6 个月前向审批机关提出申请。审批机关应当在收到申请之日起 1 个月内决定批准或者不批准。合营企业合营各方如一致同意将合营合同中约定的合营期限条款修改为不约定合营期限的协议，应提出申请，报原审批机关审查。原审批机关应当自收到上述申请文件之日起 90 日内决定批准或不批准。

## （二）合营企业的解散

合营企业有下列情形之一的，应予解散：① 合营期限届满；② 企业发生严重亏损，无力继续经营；③ 合营一方不履行合营企业协议、合同、章程规定的义务，致使企业无法继续经营；④ 因自然灾害、战争等不可抗力遭受严重损失，无法继续经营；⑤ 合营企业未达到其经营目的，同时又无发展前途；⑥ 合营企业合同、章程所规定的其他解散原因已经出现；⑦ 根据《中华人民共和国破产法》规定，企业无力偿还到期债务的，法院宣告企业破产后，企业应予终止。

## （三）合营企业的清算

合营企业宣告终止时，应当进行清算。除企业破产清算应当按照有关法律规定的程序进行清算外，合营企业的清算由企业董事会提出清算的程序、原则和清算委员会人选，报经合营企业主管部门审查并进行监督。

清算委员会的任务是：对合营企业的财产、债权债务进行全面清查；编制资产负债表和财产目录，提出财产作价和计算依据，制订清算方案；履行企业偿债义务。清算委员会制订的清算方案经董事会通过后，由清算委员会执行。清算期间，清算委员会代表该合营企业起诉和应诉。

合营企业解散时，其资产净额或剩余财产超过注册资本的部分视为利润，应依法缴纳所得税。

合营企业清偿债务后的剩余财产按照合营各方的出资比例进行分配，合营企业协议、



合同、章程另有规定的除外。

合营企业清算工作结束后，由清算委员会提出清算结束报告，提请董事会会议通过后，报原审批机关，并向原登记主管机关办理注销登记手续，缴销营业执照。

## 第二节 中外合作经营企业法律制度

### 一、中外合作经营企业的概念

中外合作经营企业是指外国的公司、企业和其他经济组织或者个人同中国的公司、企业和其他经济组织，依照中国的法律和行政法规，经中国政府批准，设在中国境内的由双方通过合作企业合同约定各自权利和义务的企业。



#### 知识库

中外合作经营企业法律制度主要包括 1988 年 4 月 13 日第七届全国人大第一次会议通过，并于 2000 年 10 月 31 日第九届全国人大常委会第十八次会议修改的《中华人民共和国中外合作经营企业法》（以下简称《中外合作经营企业法》）及《中华人民共和国中外合作经营企业法实施细则》。

### 二、中外合作经营企业的设立

#### （一）设立合作企业的条件

在中国境内设立合作企业，应当符合国家的发展政策和产业政策，遵守国家关于指导外商投资方向的规定。

根据《中外合作经营企业法》的规定，国家鼓励举办的合作企业是：① 产品出口的生产型合作企业；② 技术先进的生产型合作企业。

根据《中外合作经营企业法实施细则》的规定，申请设立合作企业，有下列情形之一的，不予批准：① 损害国家主权或者社会公共利益的；② 危害国家安全的；③ 对环境造成污染损害的；④ 有违反法律、法规规定或者国家产业政策的其他情形的。

#### （二）设立合作企业的审批机关

设立合作企业由国务院对外经济贸易主管部门或者国务院授权的部门和地方人民政府（以下简称审批机关）审查批准。

对外经济贸易主管部门和国务院授权部门批准设立的合作企业，由对外经济贸易主管部门颁发批准证书。国务院授权的地方人民政府批准设立的合作企业，由有关地方人民政

府颁发批准证书，并自批准之日起 30 日内将有关批准文件报送对外经济贸易主管部门备案。

### （三）设立合作企业的程序

根据《中外合作经营企业法》及其实施细则的规定，设立合作企业一般要经过如下程序。

（1）由中国合作者向审批机关报送有关文件。这些文件包括：① 设立合作企业的项目建议书，并附送主管部门审查同意的文件。② 合作各方共同编制的可行性研究报告，并附送主管部门审查同意的文件。③ 由合作各方的法定代表人或授权的代表签署的合作企业协议、合同、章程。④ 合作各方的营业执照或注册登记证明、资信证明及法定代表人的有效证明文件。外国合作者是自然人的，应当提供其有关身份、履历和资信情况的有效证明文件。⑤ 合作各方协商确定的合作企业董事长、副董事长、董事或者联合管理委员会主任、副主任、委员的人选名单。⑥ 审查批准机关要求报送的其他文件。

（2）由审批机关审查批准。审批机关应当自收到规定的合作企业设立申请的全部文件之日起 45 日内决定批准或者不予批准。审批机关认为报送的文件不全或者有不当之处的，有权要求合作各方在指定期间内补全或修正。

（3）向工商行政管理机关申请登记。经批准设立的合作企业应当自接到批准证书之日起 30 日内向工商行政管理机关申请登记，领取营业执照。营业执照签发日期，为合作企业成立日期。

## 三、中外合作经营企业的注册资本与投资、合作条件

### （一）合作企业的注册资本

合作企业的注册资本是指为设立合作企业，在工商行政管理机关申请登记的合作各方认缴的出资额之和。注册资本可以用人民币表示，也可以用合作各方约定的一种可自由兑换的外币表示。合作企业的注册资本在合作期间内不得减少。但因投资总额和生产经营规模等变化，确需减少的，须经审查批准机关批准。



#### 知 识 库

合作企业的投资总额，是指按照合作企业合同、章程规定的生产经营规模，需要投入的资金总额。

合作企业的注册资本与投资总额的比例，参照中外合资经营企业注册资本与投资总额比例的有关规定执行。

## （二）合作企业的投资和合作条件

（1）合作各方的出资方式。合作各方向合作企业投资或者提供合作条件的方式可以是货币，也可以是实物或者工业产权、专有技术、土地使用权等财产权利。合作各方应当以其自有的财产或者财产权利作为投资或者提供的合作条件，对该投资或者提供的合作条件不得设置抵押或者其他形式的担保。中国合作者的投资或者提供的合作条件，属于国有资产的，应当依照有关法律、行政法规的规定进行资产评估。

（2）合作各方的出资比例。在依法取得法人资格的合作企业中，外国合作者的投资一般不低于合作企业注册资本的 25%。在不具有法人资格的合作企业中，对合作各方向合作企业投资或者提供合作条件的具体要求，由商务部确定。

（3）合作各方的出资期限。合作各方应当根据合作企业的生产经营需要，依照有关法律、法规的规定，在合作企业合同中约定合作各方向合作企业投资或者提供合作条件的期限。合作各方未按照合同约定缴纳投资或者未提供合作条件的，工商行政管理机关应当限期履行；限期届满仍未履行的，审查批准机关应当撤销合作企业的批准证书，工商行政管理机关应当吊销合作企业的营业执照，并予以公告。

未按照合作企业合同缴纳投资或者提供合作条件的一方，应当向已缴纳投资或者提供合作条件的他方承担违约责任。

合作各方缴纳投资或者提供合作条件后，应当由中国注册会计师验证并出具验资报告，由合作企业据以发给合作各方出资证明书。出资证明书应当抄送审查批准机关及工商行政管理机关。

（4）合作各方的出资转让。合作各方之间相互转让或者合作一方向合作他方以外的他人转让属于其在合作企业合同中全部或者部分权利时，须经合作他方书面同意，并报审查批准机关批准。审查批准机关应当自收到有关转让文件之日起 30 日内决定批准或者不批准。

## 四、中外合作经营企业的组织形式和组织机构

### （一）合作企业的组织形式

合作企业可以申请为具有法人资格的合作企业，也可以申请为不具有法人资格的合作企业。

具有法人资格的合作企业，其组织形式为有限责任公司。合作各方对合作企业的责任以各自认缴的出资额或者提供的合作条件为限。合作企业以其全部资产对其债务承担责任。

不具有法人资格的合作企业，合作各方的关系是一种合伙关系，合作各方依照中国法律的有关规定，承担民事责任。

## （二）合作企业的组织机构

合作企业设立董事会或联合管理委员会作为合作企业的组织机构。

具备法人资格的合作企业，一般设立董事会；不具备法人资格的合作企业，一般设立联合管理委员会。董事会或者联合管理委员会是合作企业的权力机构，按照合作企业章程的规定，决定合作企业的重大问题。

董事会或者联合管理委员会成员不得少于 3 人，其名额的分配由中外合作者参照其投资或者提供的合作条件协商确定。董事会或者联合管理委员会成员由合作各方自行委派或者撤换。董事会董事长、副董事长或者联合管理委员会主任、副主任的产生办法由合作企业章程规定；中外合作者一方担任董事长、主任，副董事长、副主任由他方担任。董事或者委员的任期由合作企业章程规定，但是每届任期不得超过 3 年。董事或者委员任期届满，委派方继续委任的，可以连任。

董事会会议或者联合管理委员会会议每年至少召开 1 次，由董事长或主任召集并主持。董事长或者主任因特殊情况不能履行职务时，由董事长或主任指定副董事长、副主任或者其他董事、委员召集并主持。1/3 以上董事或者委员可以提议召开董事会会议或者联合管理委员会会议。董事会会议或者联合管理委员会会议应当有 2/3 以上董事或者委员出席方能举行。不能出席董事会会议或者联合管理委员会会议的董事或者委员，应当书面委托他人代表出席和表决。董事会会议或者联合管理委员会会议做出决议，须经全体董事或者委员过半数通过。

下列事项由出席董事会会议或者联合管理委员会会议的董事或者委员一致通过，方可做出决议：① 合作企业章程的修改；② 合作企业注册资本的增加或者减少；③ 合作企业的资产抵押；④ 合作企业的解散；⑤ 合作企业合并、分立和变更组织形式；⑥ 合作各方约定由董事会会议或者联合管理委员会会议一致通过方可做出决议的其他事项。

合作企业设总经理 1 人，负责合作企业日常经营管理工作，对董事会或者联合管理委员会负责。合作企业的总理由董事会或者联合管理委员会聘任、解聘。总经理及其他高级管理人员可以由中国公民担任，也可以由外国公民担任。经董事会或者联合管理委员会聘任，董事或者委员可以兼任合作企业的总经理或者其他高级管理人员。

合作企业成立后，经合作各方一致同意，可以委托合作一方进行经营管理，另一方不参加管理；也可以委托合作各方以外的第三人经营管理。合作企业委托第三人经营管理的，必须经董事会或者联合管理委员会一致同意，并报审批机关批准，向工商行政管理机关办理变更登记手续。

## 五、中外合作经营企业的经营管理

### （一）合作企业的生产经营管理

合作企业的生产经营管理活动，根据批准的合作企业合同、章程进行，其经营管理自主权不受干涉，并依法受到保护。由于合作企业的经营管理与合营企业基本相同，可以参见前面的内容。

### （二）合作企业的收益分配

合作企业的中外合作者可以在合同中约定采用分配利润、分配产品或者其他方式分配收益。合作企业合作各方约定采用分配产品或者其他方式分配收益的，应当按照中国税法的有关规定，计算应纳税额。

### （三）合作企业外国合作者的投资回收

根据《中外合作经营企业法》及其实施细则的规定，中外合作者在合作企业合同中约定合作期限届满时合作企业的全部固定资产无偿归中国合作者所有的，外国合作者在合作期限内可以申请以下列方式先行回收其投资：① 在按照投资或者提供条件进行分配的基础上，在合作企业合同中约定扩大外国合作者的收益分配比例。② 经财政税务机关审查批准，外国合作者在合作企业缴纳所得税前回收投资。③ 经财政税务机关和审查批准机关批准的其他回收投资方式。

外国合作者在合作期限内回收投资，应符合下列法定条件：① 中外合作者在合作企业合同中约定合作期满时，合作企业的全部固定资产无偿归中国合作者所有。② 对于税前回收投资的，必须向财政税务机关提出申请，并由财政税务机关依法审查批准。③ 中外合作者应当依照有关法律的规定和合作企业合同的约定，对合作企业的债务承担责任。④ 外国合作者提出先行回收投资的申请，应当具体说明先行回收投资的总额、期限和方式，经财政税务机关审查同意后，报审查机关审批。⑤ 外国合作者应当在合作企业的亏损弥补之后，才能先行回收投资。

## 六、中外合作经营企业的期限和终止

### （一）合作企业的期限

合作企业的期限由中外合作者协商，在合作企业合同中订明。合作各方协商同意要求延长合作期限的，应当在合同期限届满的 180 天前向审查批准机关提出申请，说明原合作企业合同执行情况，延长合作期限的原因，同时报送合作各方就延长的期限内各方的权利、义务等事项所达成的协议。审查批准机关应当自接到申请之日起 30 日内，决定批准或不批

准。经批准延长合作期限的，合作企业凭批准文件向工商行政管理机关办理变更登记手续，延长的期限从期限届满后第一天计算。

合作企业合同约定外国合作者先行回收投资的，并且投资已经回收完毕的，合作企业期限届满不再延长。但外国合作者增加投资的，经合作各方协商同意，可以依照有关法律的规定向审查机关申请延长合作期限。

## （二）合作企业的终止

根据《中外合作经营企业法》及其实施细则的规定，合作企业有下列情形之一的，应予终止：① 合作期限届满。② 合作企业发生严重亏损，或者因不可抗力遭受严重损失，无力继续经营。③ 中外合作者一方或者数方不履行合作企业合同、章程规定的义务，致使合作企业无法继续经营。④ 合作企业合同、章程中规定的其他解散原因已经出现。⑤ 合作企业违反法律、行政法规，被依法责令关闭。

上述第②项、第④项所列情形发生，应当由合作企业的董事会或者联合管理委员会做出决定，报审查机关批准。在上述第③项所列情形下，不履行合作企业合同、章程规定的义务的合作者一方或者数方，应当对履行合同的他方因此遭受的损失承担赔偿责任；履行合同的一方或者数方有权向审查批准机关提出申请，解散合作企业。

合作企业期满或者提前终止时，应当依照法定程序对资产和债权、债务进行清算。中外合作者应当按照合作企业合同的约定确定合作企业财产的归属。合作企业终止后，应当向工商行政管理机关和税务机关办理注销登记手续。

## 第三节 外资企业法律制度

### 一、外资企业的概念

外资企业亦称外商独资企业，是指外国的公司、企业和其他经济组织或者个人，依照中国的法律和行政法规，经中国政府批准，设在中国境内的，全部资本由外国投资者投资的企业，但不包括外国公司、企业和其他经济组织在中国境内设立的分支机构。



#### 知识库

外资企业法律制度主要包括 1986 年 4 月 12 日第六届全国人民代表大会第四次会议通过，并于 2000 年 10 月 31 日第九届全国人大常委会第十次会议修改的《中华人民共和国外资企业法》（以下简称《外资企业法》）及《中华人民共和国外资企业法实施细则》。

## 二、外资企业的设立

### （一）设立外资企业的条件

设立外资企业，必须有利于中国国民经济的发展，国家鼓励举办产品出口或技术先进的外资企业。对于申请设立的外资企业有损中国主权或者社会公众利益的，危及中国国家安全的，违反中国法律、法规的，不符合中国国民经济发展要求的，可能造成环境污染的，不予批准。

### （二）设立外资企业的审批机关

根据《外资企业法》的规定，设立外资企业的申请，由国务院对外经济贸易主管部门和国务院授权的机关（以下简称审批机关）审查批准，发给批准证书。设立外资企业的申请属于下列情形的，由国务院授权省、自治区、直辖市和计划单列市、经济特区人民政府审查批准：① 投资总额在国务院规定的投资审批权限以内的；② 不需要国家调拨原材料，不影响能源、交通运输、外贸出口配额等全国综合平衡的。

### （三）设立外资企业的程序

根据《外资企业法》及其实施细则的规定，申请设立外资企业一般应经过如下程序。

（1）设立外资企业的申请。外国投资者在提出设立外资企业的申请前，应当向设立外资企业所在地的县级或者县级以上人民政府提交报告。报告的内容包括：设立外资企业的宗旨，经营范围、规模，生产的产品，使用的技术设备，用地面积及要求，需要的能源条件及数量，对公共设施的要求等。县级或者县级以上人民政府应当在收到外国投资者提交的报告之日起 30 天内以书面形式答复外国投资者。

外国投资者设立外资企业，应当通过拟设立外资企业所在地的县级或者县级以上人民政府向审批机关提出申请，并报送下列文件：① 设立外资企业申请书；② 可行性研究报告；③ 外资企业章程；④ 外资企业法定代表人名单；⑤ 外国投资者的法律证明文件和资信证明文件；⑥ 拟设立外资企业所在地县级或者县级以上人民政府的书面答复；⑦ 需要进口的物资清单；⑧ 其他需要报送的文件。

（2）设立外资企业的审批。审批机关应当在收到申请设立外资企业的全部文件之日起 90 日内决定批准或不批准。审批机关如果发现上述文件不齐全或者有不当之处，可以要求限期补报或者修改。

（3）设立外资企业的登记。设立外资企业的申请批准后，外国投资者应当在接到批准证书之日起 30 日内，向工商行政管理局申请登记。登记主管机关应当在受理申请后 30 日内，做出核准登记或者不予核准登记的决定。外资企业的营业执照签发日期为该企业成

立日期。外资企业在中国企业成立之日起 30 日内向税务机关办理税务登记。

### 三、外资企业的注册资本和外国投资者的出资

#### （一）外资企业的注册资本

外资企业的注册资本是指为设立外资企业在工商行政管理机关登记的资本总额，即外国投资者认缴的全部出资额。外资企业的注册资本要与其经营规模相适应，注册资本与投资总额的比例应当符合中国的有关规定，目前参照中外合资经营企业的有关规定执行。

外资企业在经营期限内不得减少其注册资本。但因投资总额和生产经营规模等发生变化，确需减少注册资本的，须经审批机关批准。外资企业注册资本的增加、转让，须经审批机关批准，并向工商行政管理机关办理变更登记手续。外资企业将其财产或者权益对外抵押、转让，须经审批机关批准，并向工商行政管理机关备案。

#### （二）外国投资者的出资

##### 1. 外国投资者的出资方式

外国投资者可以用可自由兑换的外币出资，也可以用机器设备、工业产权、专有技术等作价出资。经审批机关批准，外国投资者也可以用其从中国境内兴办的其他外商投资企业获得的人民币利润出资。

外国投资者以机器设备作价出资的，该机器设备必须符合下列要求：① 外资企业生产所必需的；② 中国不能生产的，或者虽能生产，但在技术性能或者供应时间上不能保证需要的。

外国投资者以工业产权、专有技术等作价出资时，该工业产权、专有技术必须符合下列要求：① 外国投资者自己所有的；② 能生产中国急需的新产品或者出口适销产品的。该工业产权、专有技术的作价应当与国际上通常的作价原则相一致，其作价金额不得超过外资企业注册资本的 20%。

##### 2. 外国投资者的出资期限

外国投资者缴付出资的期限应当在设立外资企业申请书和外资企业章程中载明。外国投资者可以分期缴付出资，但最后一期出资应当在营业执照签发之日起 3 年内缴清。其中第一期出资不得少于外国投资者认缴的出资额的 15%，并应当在外资企业营业执照签发之日起 90 日内缴清。

外国投资者未能在外资企业营业执照签发之日起 90 日内缴付第一期出资的，或者无正当理由超期 30 天不缴付其他各期出资的，外资企业批准证书即自动失效。外资企业应当向工商行政管理机关办理注销登记手续，缴销营业执照；不办理注销登记手续和不缴销营业



执照的，由工商行政管理机关吊销其营业执照，并予以公告。

外国投资者有正当理由要求延期出资的，应当经审批机关同意，并报工商行政管理机关备案。

外国投资者缴付每期出资后，外资企业应当聘请中国的注册会计师验证，并出具验资报告，报审批机关和工商行政管理机关备案。

## 四、外资企业的组织形式、组织机构和经营管理

### （一）外资企业的组织形式

根据《外资企业法》及其实施细则的规定，外资企业组织形式为有限责任公司，经批准也可以为其他责任形式。外资企业为有限责任公司的，外国投资者以其认缴的出资额为限，外资企业以其全部资产对其债务承担责任。外资企业为其他责任形式的，外国投资者对企业的责任适用有关中国法律和法规的规定。

### （二）外资企业的组织机构

外资企业的组织机构可以由外国投资者根据企业不同的经营内容、经营规模、经营方式，本着精简、高效、科学合理的原则自行设置，中国政府不加干涉。按照国际惯例，设立外资企业的权力机构应遵循资本占有权同企业控制权相统一的原则，即外资企业的最高权力机构由资本持有者组成。

外资企业应根据其组织形式设立董事会并推选出董事长。同时向审批机关申报备案。董事长是企业的法定代表人。

### （三）外资企业的经营管理

（1）外资企业的生产经营管理。外资企业在制定生产经营计划、购买物资、销售产品等方面享有与中外合资经营企业大致相同的自主权。

（2）外资企业的土地使用管理。外资企业的用地，由其所在地县级或者县级以上地方人民政府审核安排。外资企业应在营业执照签发之日起 30 日内，持批准证书和营业执照到所在地县级或者县级以上地方人民政府的土地管理部门办理土地使用手续，领取土地使用证书。土地使用证书为外资企业使用土地的法律凭证。

外资企业的土地使用年限，与经批准的该外资企业的经营期限相同。外资企业在经营期限内未经批准，其土地使用权不得转让。

外资企业在领取土地证书时，应当向其所在地土地管理部门缴纳土地使用费。使用经过开发的土地，还应当缴付土地开发费。

（3）外资企业的财务会计管理。外资企业应当按照国家统一的财务会计制度，并根据

中国有关法律和财务会计制度的规定,制定适合本企业的财务会计制度,报当地财政、税务机关备案。

外资企业以往会计年度的亏损未弥补前,不得分配利润。外资企业以往会计年度未分配的利润,可与本会计年度可供分配的利润一并分配。

外资企业的年度会计报表和清算会计报表,应当依照中国财政、税务机关的规定编制。以外币编报会计报表的,应当同时编报外币折合人民币的会计报表。外资企业的年度会计报表和清算会计报表,应当聘请中国的注册会计师进行验证并出具报告。外资企业的年度会计报表和清算会计报表,连同中国的注册会计师出具的报告,应当在规定的时间内报送财政、税务机关,并报审批机关和工商行政管理机关备案。

(4) 外资企业的劳动管理。外资企业应当按照中国的法律、行政法规的规定在中国境内雇用职工并签订劳动合同。合同中应当订明雇用、辞退、报酬、福利、劳动保护、劳动保险等事项。外资企业应当负责职工的业务、技术培训,建立考核制度,使职工在生产、管理技能方面能够适应企业的生产与发展的需要。外资企业的职工有权建立工会组织,开展工会活动。企业研究决定有关职工奖惩、工资制度、生活福利、劳动保护和劳动保险等问题时,工会代表有权列席会议。企业应当听取工会的意见,与工会充分合作。

## 五、外资企业的期限、终止和清算

### (一) 外资企业的期限

根据《外资企业法》及其实施细则的规定,外资企业的期限,根据不同行业和企业的具体情况,由外国投资者在设立外资企业的申请书中拟订,经审批机关批准。外资企业的经营期限,从其营业执照签发之日起计算。

外资企业经营期限届满需要延长经营期限的,应当在距经营期满 180 天前向审批机关报送延长经营期限的申请书,审批机关应当在收到申请书之日起 30 日内决定批准或者不批准。外资企业经批准延长经营期限的,应当自收到批准延长经营期限的文件之日起 30 日内,向工商行政管理机关办理变更登记手续。

### (二) 外资企业的终止

根据《外资企业法》的规定,外资企业有下列情形之一的,应予终止:① 经营期限届满;② 经营不善,严重亏损,外国投资者决定解散;③ 因自然灾害、战争等不可抗力而遭受严重损失,无法继续经营;④ 破产;⑤ 违反中国法律、法规,危害社会公共利益依法撤销;⑥ 外资企业章程规定的其他解散事由已经出现。

外资企业如存在上述第②项、第③项、第⑥项所列情形,应当自行提交终止申请书,

报审批机关核准。审批机关做出核准的日期为企业的终止日期。

（三）外资企业的清算

外资企业终止后，应当进行清算。外资企业除因破产或者依法撤销而予终止的，应当按中国有关法律规定进行清算外，外资企业的清算应由外资企业提出清算程序、原则和清算委员会人选，报审批机关审核后进行清算。清算委员会由外资企业的法定代表人、债权人代表以及有关主管机关的代表组成，并聘请中国的注册会计师、律师等参加。

外资企业清算结束之前，外国投资者不得将该企业的资金汇出或者携带出中国境外，不得自行处理企业财产。外资企业清算结束，其资产净额或剩余财产超过注册资本的部分视同利润，应当依照中国税法的规定缴纳所得税。

外资企业清算结束，应当向工商行政管理机关办理注销登记手续，缴销营业执照。  
三个涉外企业法的对比见表 3-1。

表 3-1 三个涉外企业法的比较

	中外合资企业	中外合作企业		外资企业
概念	略（股权式）	略（契约式）		略
分配方式	按出资比例分配	按合作合同的约定分配		
设立条件	4 项（略）	国家鼓励举办的重点：产品出口、技术先进的生产型合作企业		国家鼓励举办的重点：产品出口或技术先进的外资企业
审批机关	国家对外经济贸易主管部门及其受托部门	国家对外经济贸易主管部门或者国务院授权的部门和地方人民政府		国家对外经济贸易主管部门及国务院授权的省级、计划单列市、经济特区人民政府
审批时限	3 个月	45 天		90 天
出资方式	现金、实物、工业产权、专有技术、土地使用权等	现金、实物、工业产权、专有技术、土地使用权等		现金（自由兑换的外币、人民币利润）、实物、工业产权、专有技术等
出资期限	一次缴清出资；6 个月缴清；分期缴付出资，第一期不得少于 15%，3 个月内缴清，同时遵守总期限的规定	按合作合同约定出资		分期缴付出资，第一期不得少于 15%，90 天内缴清，最后一期在 3 年内缴清
法人资格	法人	法人或非法人		法人或非法人
组织形式	有限责任公司	（法人）有 限责任公司	（非法人） 合伙关系	有限责任公司，经批准可为其他责任形式

续表

	中外合资企业	中外合作企业		外资企业
组织机构	董事会经营管理机构	董 事 会 经 营管理机构	联 合 管 理 委员会	自行设立
经营管理	生产经营管理 财务会计管理 劳动用工管理	与合资企业相同		与合资企业相同
经营期限	有的应约定期限，有的可 以不约定期限	应约定期限		有期限规定
终止	7 项（略）	5 项（略）		6 项（略）



思考题

1. 试分析合营企业与合作企业的区别。
2. 什么是合营企业注册资本？注册资本与实缴资本有何区别？合营企业的注册资本有何规定？
3. 试述合作企业的组织形式和管理形式。
4. 试分析合作企业外国合作者先行回收投资的形式和条件。



案例分析题

1. 中方 A 公司与外方个人投资者签订合同，拟成立生产性中外合资经营企业。合同主要条款内容如下：
- (1) 投资总额为 900 万美元，中方占 60%，出资 540 万美元，外方占 40%，出资 360 万美元；合营企业注册资本为 300 万美元。
  - (2) 中方投资者自营业执照签发之日起 5 个月内一次缴清出资，外方在 3 年内分期出资。
  - (3) 成立后的合营企业组织形式为有限责任公司，不设股东会，只设董事会。
  - (4) 外方出资方式以实物和工业产权为主，并以外方的报价作为出资作价依据，其中工业产权作价 180 万美元。
  - (5) 外方投资者在经营期内先行收回投资。

**要求：**根据以上资料，结合《中外合资经营企业法》的规定，分析说明该合同能否予以批准。

2. 某中外合资经营合同规定，合资企业注册资本 800 万美元，中方投资 650 万美元，其中场地使用权作价 200 万美元，机器设备作价 250 万美元，现金 200 万美元；外方投资 150 万美元，其中现金为 100 万美元，机器设备 50 万美元（是以合营企业名义向某国租赁来的）；企业投资总额为 2 500 万美元；注册资本预计在 5 年之内全部缴齐；企业若今后需要更多资金，通过向社会发行股票的方式来筹措；合营企业和经营期限暂定 10 年，在期满前 2 年，外方可以提前回收投资；企业的内部管理机构为联合管理委员会，主任由中方担任；根据企业的发展需要，可设立分公司，分公司为外资企业性质，对外独立承担责任。

**问：**以上存在什么问题？请说明理由。

## 第四章 公司法律制度

### 本章目的和任务

通过本章的学习，要求学生掌握有限责任公司和股份有限公司的设立与组织机构，股份有限公司股份的发行与转让，公司债券的概念和种类，公司利润分配顺序及相关规定；理解公司法的适用范围，公司财务会计报告；了解公司的种类，公司的分立、解散与清算的有关规定，并能运用所学的知识分析和解决有关公司的具体法律问题。

### 本章要点

- 公司的概念、种类，公司法的概念及适用范围
- 有限责任公司的设立与组织机构
- 股份有限公司的设立与组织机构
- 股份有限公司的股份发行与转让
- 公司债券
- 公司财务、会计
- 公司的变更、破产、解散与清算
- 违反公司法的法律责任

## 第一节 公司法概述

### 一、公司的概念、特征与分类

#### （一）公司的概念

公司是依照公司法设立的，以盈利为目的，由股东投资形成的企业法人。公司具有如下特征：

（1）依法设立。这是指公司必须依法定条件、法定程序设立，这一方面要求公司的章程、资本、组织机构、活动原则等必须合法，另一方面，要求公司设立要经过法定程序、

进行工商登记。公司通常依公司法设立，但有时还必须符合其他法律规定。评判一个企业是不是公司，不能只看其名称，而要看它是不是按照公司法的规定设立。如果一个企业不是按照公司法的规定设立的，也不符合公司法规定的各项要求，即使它的名称冠有公司的字样，也不能认定其为公司。

（2）公司必须以盈利为目的。所谓以盈利为目的，是指公司从事生产、经营或者提供劳务都是为了获取利润。

（3）以股东投资行为为基础设立。公司由股东的投资行为设立。股东投资行为形成的权利是股权。股权是一种独立的特殊权利，不同于所有权，也不同于经营权等其他物权，更不同于债权。依《公司法》规定，公司股东依法享有资产受益、参与重大决策和选择管理者等权利。

（4）公司必须是企业法人。企业是指从事商品生产、商品流通和提供服务性活动的经济组织，按其形态在法律上分为法人企业和非法人企业两类。法人企业是指具有民事权利能力和民事行为能力，依法独立享有民事权利和承担民事责任的组织。法人企业必须依法成立，有必要的财产或经费，有自己的名称、组织机构和场所，能够独立承担民事责任。而非法人企业与法人企业最大的区别，则在于它不独立承担民事责任。

## （二）公司的分类

根据不同的标准，对公司有不同的分类。按照公司对外信用基础的不同，公司可分为人合公司和资合公司。按照公司的注册地不同，公司可分为本国公司和外国公司。在本国范围内注册登记的公司，为本国公司；在外国注册登记的公司，则为外国公司。在法律上，按照股东对公司所负的责任不同，将公司分为有限责任公司、股份有限公司、无限责任公司、两合公司和股份两合公司等类型。我国《公司法》规定的公司，包括有限责任公司和股份有限公司两种。

（1）有限责任公司。又称有限公司，是股东以其认缴的出资额对公司承担责任，公司以其全部财产对公司的债务承担责任的企业法人。

（2）股份有限公司。又称股份公司，是将其全部资本划分为等额股份，股东以其认购的股份对公司承担责任，公司以其全部财产对公司的债务承担责任的企业法人。

我国《公司法》规定的有限责任公司与股份有限公司主要存在以下区别：

（1）设立方式不同。有限责任公司只能以发起方式设立，公司资本只能由发起人认缴，不允许向社会募集。股份有限公司既可以发起设立，也可以募集设立，即可以由发起人认缴公司设立时发行的一部分股份，其余股份向社会公开募集或者向特定对象募集而设立公司。

（2）股东人数上下限规定不同。有限责任公司股东人数为 50 人以下，并允许设立一人有限责任公司和国有独资公司。股份有限公司发起人人数为 2 人以上 200 人以下，而且须

有半数以上的发起人在中国境内有住所。

(3) 出资证明形式不同。有限责任公司股东的出资证明为出资证明书，通常为纸面形式。股份有限公司股东的出资证明为股票。股票可以采用纸面形式，但通常为无纸化形式。有限责任公司股东的出资证明书必须采用记名方式。股份有限公司的股票除法律另有规定外，既可以采取记名方式，也可以采取无记名方式。

(4) 股权转让方式不同。有限责任公司的股东转让其股权受到一定法律限制。除公司章程另有规定者外，在股东之间可以自由转让其全部或部分股权；股东向股东之外的人转让股权，应当经过其他股东过半数同意。经股东同意转让的股权，在同等条件下，其他股东有优先购买权。股份有限公司的股票以自由转让为原则，以法律限制为例外。股东向股东之外的人转让股票时，其他股东无优先购买权。股票还可以依法在证券交易所上市交易。

(5) 注册资本最低限额不同、体现方式不同。除法律、行政法规对公司注册资本的最低限额另有较高规定者外，有限责任公司的注册资本最低限额为人民币 3 万元，股份有限公司的注册资本最低限额为人民币 500 万元。有限责任公司的注册资本不划分为等额股份，股东一般依其投资比例行使权力。股份有限公司的注册资本划分为等额股份，股东一般依其持股份数行使权力。

(6) 组织机构有所不同。有限责任公司的组织机构设置较股份有限公司更为灵活。如公司的股东人数较少或者规模较小，可以不设董事会，只设一名执行董事，可以不设监事会，而只设 1 至 2 名监事，在股东会的召集方式、通知时间等方面也较为灵活。此外，一人有限责任公司和国有独资公司不设股东会，机构运作模式也有差异。股份有限公司则必须设置股东大会、董事会、监事会，依法规范运作。

(7) 企业所有权与经营权分离程度不同。股份有限公司尤其是向社会公众发行股票的股份有限公司，其所有权与经营权分离程度较高，所以必须强调组织机构与法人治理机制的完善。法律对其规定了较多的强制性义务。有限责任公司的两权分离程度较低，其股东多通过出任经营职务直接参与公司的经营管理，决定公司事务，所以更强调当事人的意思自治。

(8) 信息披露义务不同。股份有限公司具有开放性，尤其是向社会募集股份的公司，负有法律规定的信息披露义务，其财务状况和经营情况等要依法进行公开披露，以保障社会投资者的利益。有限责任公司则因其为非开放型公司而不受此限制。

## 二、公司法的概念与适用范围

公司法是规定公司法律地位，调整公司组织关系，规范公司在设立、变更与终止过程中的组织行为的法律规范的总称。





### 相关链接

《中华人民共和国公司法》（以下简称《公司法》）于1993年12月29日第八届全国人大常委会第五次会议通过，自1994年7月1日起施行。此后，《公司法》于1999年、2004年进行了两次小的修订。2005年10月27日，《公司法》在进行了大规模的修订后，由第十届全国人大常委会十八次会议重新颁布。新法于2006年1月1日起施行。

我国《公司法》第二条规定：本法所称公司是指依照本法在中国境内设立的有限责任公司和股份有限公司。因此，凡在中国境内设立的有限责任公司和股份有限公司均适用我国的《公司法》。

另外，《公司法》还规定，对于在我国境内设立的外商投资企业中的有限责任公司和股份有限公司，也适用《公司法》。因为这些公司也是中国的企业法人，在中国境内从事生产经营活动，理所当然地要适用我国的《公司法》。但是，为了维持我国多年来对外商投资企业政策的稳定性和连续性，我国的《公司法》第十八条又规定：“有关中外合资经营企业、中外合作经营企业、外资企业的法律另有规定的，适用其规定。”

公司法与外商投资企业法的关系见表4-1。

表 4-1 公司法与外商投资企业法的关系比较表

主要区别	公司法	外商投资企业法
注册资本	<ul style="list-style-type: none"><li>• 没有出资比例</li><li>• 规定注册资本最低限额</li><li>• 认缴出资</li><li>• 转让须经股东过半数同意</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>• 合资企业外商一般不低于25%</li><li>• 未做规定</li><li>• 认缴出资</li><li>• 转让须他方同意并报批</li></ul>
内部机构设置方面	<ul style="list-style-type: none"><li>• 股东会、董事会或执行董事、监事会或监事</li><li>• 有人数要求</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>• 可以不设股东会、监事会</li><li>• 合资、合作企业人数协商确定，外资企业外商自行确定</li></ul>
利润分配、承担风险方面	按投资比例	合作企业可协商

## 三、公司设立登记

公司设立登记，是公司的设立人依照《公司法》规定的设立条件与程序向公司登记机关提出设立申请，并提交法定登记事项文件，公司登记机关审核后对符合法律规定者准予登记，并发给《企业法人营业执照》的活动。

### （一）公司名称预先核准

设立公司应当申请名称预先核准。如果设立法律、行政法规或者国务院决定中规定必须报经批准的公司，或者公司经营范围中有属于法律、行政法规或者国务院决定规定在登记前须经批准的项目，应当在报送批准前办理公司名称预先核准，并以公司登记机关核准的公司名称报送批准。

申请名称预先核准，应当由全体股东或发起人指定的代表或者共同委托的代理人向公司登记机关提出申请。申请名称预先核准应当提交法定文件。经审核，公司登记机关做出准予公司名称预先核准决定的，应当出具《企业名称预先核准通知书》。公司登记机关做出不予名称预先核准决定的，应当出具《企业名称驳回通知书》，说明不予核准的理由，并告知申请人享有依法申请行政复议或者提起行政诉讼的权利。

预先核准的公司名称保留期 6 个月。在保留期内，预先核准的公司名称不得用于从事经营活动，不得转让。

### （二）公司设立的申请与登记

#### 1. 有限责任公司的设立申请

设立有限责任公司，应当由全体股东指定的代表或者共同委托的代理人向公司登记机关申请设立登记。设立国有独资公司，应当由国务院或者地方人民政府授权的本级人民政府国有资产监督管理机构作为申请人，申请设立登记。法律、行政法规或者国务院决定设立有限责任公司必须报经批准的，应当自批准之日起 90 日内向公司登记机关申请设立登记；逾期申请设立登记的，申请人应当报批准机关确认原批准文件的效力或者另行报批。

申请设立有限责任公司，应当向公司登记机关提交下列文件：① 公司法定代表人签署的设立登记申请书；② 全体股东指定的代表或者共同委托代理人的证明；③ 公司章程；④ 依法设立的验资机构出具的验资证明；⑤ 股东首次出资是非货币财产的，应当在公司设立登记时提交已办理其财产权转移手续的证明文件；⑥ 股东的主体资格证明或者自然人身份证明；⑦ 载明公司董事、监事、经理的姓名、住所的文件以及有关委派、选举或者聘用的证明；⑧ 公司法定代表人任职文件和身份证明；⑨ 企业名称预先核准通知书；⑩ 公司住所证明；⑪ 国家工商行政管理总局规定要求提交的其他文件。

法律、行政法规或者国务院决定规定设立有限责任公司必须报经批准的，还应当提交有关批准文件。

#### 2. 股份有限公司的设立申请

设立股份有限公司，应当由董事会向公司登记机关申请设立登记。以募集设立方式设立股份有限公司的，应当于创立大会结束后 30 日内向公司登记机关申请设立登记。

申请设立股份有限公司，应当向公司登记机关提交下列文件：① 公司法定代表人签署的设立登记申请书；② 董事会指定代表或者共同委托代理人的证明；③ 公司章程；④ 依法设立的验资机构出具的验资证明；⑤ 发起人首次出资是非货币财产的，应当在公司设立登记时提交已办理其财产权转移手续的证明文件；⑥ 发起人的主体资格证明或者自然人身份证明；⑦ 载明公司董事、监事、经理的姓名、住所的文件以及有关委派、选举或者聘用的证明；⑧ 公司法定代表人任职文件和身份证明；⑨ 企业名称预先核准通知书；⑩ 公司住所证明；⑪ 国家工商行政管理总局规定要求提交的其他文件。

以募集方式设立股份有限公司的，应当提交创立大会的会议记录；以募集方式设立股份有限公司公开发行股票，还应当提交国务院证券监督管理机构的核准文件。

法律、行政法规或者国务院决定设立股份有限公司必须报经批准的，应当提交有关批准文件。公司申请登记的经营范围中属于法律、行政法规或者国务院决定规定在登记前须经批准的项目，应当在申请登记前报经国务院有关部门批准，并向公司登记机关提交有关批准文件。

### 3. 分公司的设立申请

公司设立分公司，应当自决定做出之日起 30 日内向公司所在地的公司登记机关申请登记；法律、行政法规或者国务院决定规定必须报经有关部门批准的，应当自批准之日起 30 日内向公司登记机关申请登记，领取营业执照。分公司的公司登记机关准予登记的，发给《营业执照》。公司应当自分公司登记之日起 30 日内，持分公司的《营业执照》到公司的登记机关办理备案。

分公司的经营范围不得超出公司的经营范围。

### 4. 公司设立的申请与登记程序

申请公司（分公司）登记，申请人可以到公司登记机关提交申请以及规定文件，也可以通过信函、电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件等方式提出申请，同时应当提供申请人的联系方式及通信地址。

公司登记机关对当事人的申请应当根据法律、行政法规的不同情况分别做出是否受理的决定。公司登记机关做出准予公司登记决定的，应当出具《准予设立登记通知书》，发给公司《企业法人营业执照》。公司登记机关做出不予登记决定的，应当出具《登记驳回通知书》，说明不予登记的理由，并告知申请人享有依法申请行政复议或者提起行政诉讼的权利。



公司营业执照签发日期为公司成立日期。公司凭《企业法人营业执照》刻制公章，开立银行账户，申请纳税登记。任何单位和个人不得伪造、涂改、出租、出借、转让营业执照。

## 第二节 有限责任公司的设立与组织机构

### 一、有限责任公司的设立

根据《公司法》规定，设立有限责任公司，应当具备下列条件。

#### （一）股东人数符合法定人数

《公司法》规定，有限责任公司由 50 个以下股东出资设立；允许设立一人公司和国有独资公司。

#### （二）股东出资达到法定资本最低限额

《公司法》规定，有限责任公司的注册资本为在公司登记机关登记的全体股东认缴的出资额。法定资本的最低限额是指国家规定的设立公司所需资本的最低限额。《公司法》规定有限责任公司注册资本最低限额为人民币 3 万元，法律、行政法规对有限责任公司注册资本的最低限额有较高规定的，从其规定。

公司全体股东的首次出资额不得低于注册资本的 20%，也不得低于法定的注册资本最低限额，其余部分由股东自公司成立之日起两年内缴足，其中，投资公司可以在 5 年内缴足。

股东向有限责任公司的出资方式可以是货币，也可以是实物、知识产权、土地使用权等可以用货币估价并可以依法转让的非货币财产作价出资；但法律、行政法规不得作为出资的财产除外。全体股东的货币出资金额不得低于有限责任公司注册资本的 30%。

股东应当按期足额缴纳公司章程中规定的各自所认缴的出资额。股东以货币出资的，应当将货币出资足额存入有限责任公司在银行开设的账户；股东以非货币财产出资的，对作价出资的非货币资产应当评估作价，核实财产，不得高估或者低估作价，并依法办理其财产权的转移手续。股东不按规定缴纳的出资，除应当向公司足额缴纳外，还应当向已按期足额缴纳出资的股东承担违约责任。股东缴纳出资后，必须经依法设立的验资机构验资并出具证明。

股东的首次出资经验资机构验资后，应当依法向公司登记机关申请设立登记。公司成立后，股东不得抽逃出资。

有限责任公司成立后，发现作为出资的非货币财产的实际价额显著低于公司章程所定价额的，应当由交付该出资的股东补足其差额；公司设立时的其他股东对其承担连带责任。

有限责任公司成立后，应当向股东签发出资证明书。

### （三）股东共同制定公司章程

公司章程是记载公司组织、活动基本准则的公开性法律文件。设立有限责任公司必须由股东共同制定公司章程。股东应当在公司章程上签名、盖章。公司章程对公司、股东、董事、监事、高级管理人员具有约束力。

根据《公司法》规定，有限责任公司章程应当载明下列事项：① 公司名称和住所；② 公司经营范围；③ 公司注册资本；④ 股东的姓名或者名称；⑤ 股东的出资方式、出资额和出资时间；⑥ 公司的机构及其产生办法、职权、议事规则；⑦ 公司法定代表人；⑧ 股东会会议认为需要规定的其他事项。

### （四）有公司名称，建立符合有限责任公司的组织机构

公司名称是公司的标志。有限责任公司在设立自己的名称时，必须符合法律、法规的规定，必须在公司名称中标明有限责任公司字样。

### （五）有公司住所

## 二、有限责任公司的组织机构

有限责任公司的组织机构主要包括股东会、董事会或者执行董事、监事会或者监事及高级管理人员。

### （一）有限责任公司的股东会

#### 1. 股东会的性质和职权

有限责任公司的股东会由全体股东组成。股东是指公司的出资人。在我国，除国家有某些限制的特别规定外，有权代表国家投资的机构或者政府部门、企业法人、具有法人资格的事业单位和社会团体、自然人均可以依法成为有限责任公司的股东。公司股东作为出资人按投入公司的资本额享有所有者的资产收益、重大决策和选择管理者等权利。

根据《公司法》的规定，有限责任公司股东会是公司的权力机构，是公司的最高决策机关，对公司的重大问题进行决策。

有限责任公司股东会行使下列职权：① 决定公司的经营方针和投资计划；② 选举和更换非由职工代表担任的董事、监事，决定有关董事、监事的报酬事项；③ 审议批准董事会或者执行董事的报告；④ 审议批准监事会或者监事的报告；⑤ 审议批准公司的年度财务预算方案、决算方案；⑥ 审议批准公司的利润分配方案和弥补亏损方案；⑦ 对公司增加或者减少注册资本做出决议；⑧ 对发行公司债券做出决议；⑨ 对公司合并、分立、变更公司形式、解散和清算等事项做出决议；⑩ 修改公司章程；⑪ 公司章程规定的其他职

权。对上述事项股东以书面形式一致表示同意的，可以不召开股东会会议，直接做出决定，并由全体股东在决定文件上签名、盖章。

## 2. 股东会的议事规则

有限责任公司股东会会议分为定期会议和临时会议。定期会议按照公司章程的规定按时召开。临时会议是在公司章程规定的会议时间以外召开的会议。代表 1/10 以上表决权的股东，1/3 以上的董事，监事会或者不设监事会的公司的监事提议召开临时会议的，应当召开临时会议。

有限责任公司股东会的首次会议由出资最多的股东召集和主持，依法行使职权。以后的股东会会议，公司设立董事会的，由董事会召集，董事长主持；董事长不能或者不履行职务的，由副董事长主持；副董事长不能或者不履行职务的，由半数以上董事共同推举 1 名董事主持。公司不设董事会的，股东会会议由执行董事召集和主持；董事会或者执行董事不能或者不履行召集股东会会议职责的，由监事会或者不设监事会的公司的监事召集和主持；监事会或者监事不召集和不主持的，代表 1/10 以上表决权的股东可以自行召集和主持。

召集股东会会议，应当于会议召开 15 日以前通知全体股东，但公司章程另有规定或者全体股东另有约定的除外。股东会应当将所议事项的决定做成会议记录，出席会议的股东应当在会议记录上签名。

股东会对公司的重大问题做出决议，需由股东进行表决。根据《公司法》的规定，股东会会议由股东按照出资比例行使表决权。对某些涉及股东根本利益的事项的表决，《公司法》做了特别规定，如股东会对公司增加或者减少注册资本，公司分立、合并、解散、变更公司形式或者修改公司章程做出决议，必须经代表 2/3 以上表决权的股东通过。

## （二）有限责任公司的董事会和高级管理人员

### 1. 董事会的设立及职权

有限责任公司的董事会是公司股东会的执行机构，向股东会负责。董事会由 3 至 13 人组成。两个以上的国有企业或者其他两个以上的国有投资主体投资设立的有限责任公司，其董事会成员中应当有公司职工代表；其他有限责任公司董事会成员中也可以有公司职工代表。董事会中的职工代表由公司职工民主选举产生。董事会设董事长 1 人，可以设副董事长。董事长、副董事长的产生办法由公司章程规定。董事长为公司的法定代表人。股东人数较少和规模较小的有限责任公司，可以设 1 名执行董事，不设董事会；执行董事可以兼任公司经理，执行董事为公司的法定代表人。

董事任期由公司章程规定，但每届任期不得超过 3 年。董事任期届满，连选可以连任。董事在任期届满前，股东会不得无故解除其职务。

根据《公司法》的规定，董事会行使下列职权：① 负责召集股东会，并向股东会报告工作；② 执行股东会的决议；③ 决定公司的经营计划和投资方案；④ 制订公司的年度财务预算方案、决算方案；⑤ 制订公司的利润分配方案和弥补亏损方案；⑥ 制订公司增加或者减少注册资本的方案及发行公司债券的方案；⑦ 拟订公司合并、分立、变更公司形式、解散的方案；⑧ 决定公司内部管理机构的设置；⑨ 决定聘任或者解聘公司经理及其报酬事项，并根据经理的提名决定聘任或者解聘公司副经理、财务负责人及其报酬事项；⑩ 制定公司的基本管理制度；⑪ 公司章程规定的其他职权。

## 2. 董事会的议事规则

董事会会议由董事长召集和主持；董事长不能或者不履行职务的，由副董事长召集和主持。副董事长不能或者不履行职务的，由半数以上董事共同推举 1 名董事召集和主持。1/3 以上董事可以提议召开董事会会议。召开董事会会议，应当于会议召开 10 日以前通知全体董事。董事会应当将所议事项的决定做成会议记录，出席会议的董事应当在会议记录上签名。

董事会的议事方式和表决程序，除《公司法》有规定以外，由公司章程规定。

## 3. 经理的设立及职权

有限责任公司可以设经理，由董事会聘任或者解聘。公司章程可以规定不设经理，而设总裁、首席执行官等职务，行使公司的管理职务。《公司法》规定，在公司设经理时，经理对董事会负责，行使下列职权：① 主持公司的生产经营管理工作，组织实施董事会决议；② 组织实施公司年度经营计划和投资方案；③ 拟定公司内部管理机构设置方案；④ 拟定公司的基本管理制度；⑤ 制定公司的具体规章；⑥ 提请聘任或者解聘公司副经理、财务负责人；⑦ 决定聘任或者解聘除应由董事会决定聘任或者解聘以外的负责管理人员；⑧ 董事会授予的其他职权。

### （三）有限责任公司的监事会或者监事

#### 1. 监事会或者监事的设立

有限责任公司监事会是公司内部监督机构。《公司法》规定，经营规模较大的有限责任公司设立监事会，股东人数较少和规模较小的有限责任公司，可以只设 1 至 2 名监事。监事会成员不得少于 3 人。监事会应当包括股东代表和适当比例的公司职工代表组成，其中职工代表的比例不得低于 1/3，具体比例由公司章程规定。监事会中的职工代表由公司职工民主选举产生。监事会设主席 1 人，由全体监事过半数选举产生，监事会主席召集和主持监事会会议；监事会主席不能或者不履行职务时，由半数以上监事共同推举一名监事召集和主持监事会会议。董事、高级管理人员不得兼任监事。

监事的任期每届为 3 年。监事任期届满，连选可以连任。

## 2. 监事会或者监事的职权

根据《公司法》的规定，监事会或者监事行使下列职权：① 检查公司财务；② 对董事、高级管理人员执行公司职务的行为进行监督，对违反法律、法规或者公司章程或者股东会决议的董事、高级管理人员提出罢免的建议；③ 当董事、高级管理人员的行为损害公司的利益时，要求董事、高级管理人员予以纠正；④ 提议召开临时股东会会议，在董事会不履行本法规定的召集和主持股东会会议职责时召集和主持股东会会议；⑤ 向股东会会议提出提案；⑥ 依照《公司法》规定，对董事、高级管理人员提起诉讼；⑦ 公司章程规定的其他职权。监事可以列席董事会会议，并对董事会决议事项提出质询或者建议。监事会、不设监事会的公司的监事行使职权所必需的费用，由公司承担。

监事会每年度至少召开一次会议，监事可以提议召开临时监事会会议。监事会的议事方式和表决程序，除《公司法》另有规定的除外，由公司章程规定。监事会决定应当经半数以上监事通过。监事会应当将所议事项的决定做成会议记录，出席会议的监事应当在会议记录上签名。



综上所述，要注意有限责任公司股东会与董事会职权的区别，股东会是权力机构，决定公司重大问题，董事会是执行机构，对股东会负责。

### （四）董事、监事、高级管理人员的职责和资格

#### 1. 董事、监事、高级管理人员的职责

公司董事、监事、高级管理人员应当遵守法律、行政法规和公司章程，对公司负有忠实义务和勤勉义务。公司董事、监事、高级管理人员不得利用职权收受贿赂或者其他非法收入，不得侵占公司财产。

根据《公司法》的规定，董事、高级管理人员不得有下列行为：① 挪用公司资金；② 将公司资金以其个人名义或者以其他个人名义开立账户存储；③ 违反公司章程规定，未经股东会、股东大会或者董事会同意，将公司资金借贷给他人或者以公司财产为他人提供担保；④ 违反公司章程规定或者未经股东会、股东大会同意，与本公司订立合同或者进行交易；⑤ 未经股东会、股东大会或者董事会同意，利用职务之便为自己或者他人谋取属于公司的商业机会，自营或者为他人经营与所任职公司同类的业务；⑥ 接受他人与公司交易的佣金归为己有；⑦ 擅自披露公司秘密；⑧ 违反对公司忠实义务的其他行为。公司董事、高级管理人员违反上述规定所得的收入应当归公司所有。



公司董事、监事、高级管理人员执行公司职务时违反法律、行政法规或者公司章程的规定，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任。



公司股东会或者股东大会要求董事、监事、高级管理人员列席会议的，董事、监事、高级管理人员应当列席并接受股东的质询。董事、高级管理人员应当如实向公司监事会或者不设监事会的有限责任公司的监事提供有关情况和资料，不得妨碍监事会或者监事行使职权。

## 2. 董事、监事、高级管理人员的资格

《公司法》规定，有下列情形之一的，不得担任公司的董事、监事、高级管理人员：① 无民事行为能力或者限制民事行为能力；② 因犯有贪污、贿赂、侵占财产、挪用财产罪或者破坏社会经济秩序，被判处刑罚，执行期满未逾 5 年，或者因犯罪被剥夺政治权利，执行期满未逾 5 年；③ 担任因经营不善破产清算的公司、企业的董事或者厂长、经理，并对该公司、企业的破产负有个人责任的，自该公司、企业破产清算完结之日起未逾 3 年；④ 担任因违法被吊销营业执照、责令关闭的公司、企业的法定代表人，并负有个人责任的，自该公司、企业被吊销营业执照之日起未逾 3 年；⑤ 个人所负数额较大的债务到期未清偿。违反以上规定选举、委派董事、监事或者聘任高级管理人员的，该选举、委派或者聘任无效。公司董事、监事、高级管理人员在任职期间出现上述所列情形的，公司应当解除其职务。

## 三、一人有限责任公司的特别规定

《公司法》允许设立一人有限责任公司。所谓一人有限责任公司，是指只有一个自然人股东或一个法人股东的有限责任公司。为维护债权人等利害关系人的权益，保障社会经济秩序，《公司法》对一人有限责任公司的设立和组织机构以专门一节做了特殊规定，以加强对其的监管，特殊规定以外的问题，则适用对有限责任公司的一般规定。

根据《公司法》规定，一人有限责任公司的注册资本最低限额为人民币 10 万元。高于普通有限责任公司。股东应当一次足额缴纳公司章程规定的出资额，不允许分期缴付出资。此外，《公司法》规定一个自然人只能投资设立一个一人有限责任公司。禁止其设立多个一人有限责任公司，而且该一人有限责任公司不能投资设立新的一人有限责任公司。

一人有限责任公司应当在公司登记中注明自然人独资或法人独资，并在公司营业执照中载明。一人有限责任公司章程由股东制定。

一人有限责任公司不设股东会。法律规定的股东会职权由股东行使，当股东行使相应职权做出决定时，应当采用书面形式，并由股东签字后置于公司。一人有限责任公司应当在每一会计年度终了时编制财务会计报告，并经会计师事务所审计。《公司法》规定，一人有限责任公司的股东不能证明公司财产独立于股东自己的财产的，应当对公司债务承担连带责任。

## 四、国有独资公司的特别规定

国有独资公司，是指国家单独出资、由国务院或者地方人民政府委托本级人民政府国有资产监督管理机构履行出资人职责的有限责任公司。《公司法》对国有独资公司的设立和组织机构也以专门一节做了特殊规定，特殊规定以外的问题，则适用对有限责任公司的一般规定。

国有独资公司章程由国有资产监督管理机构制定，或者由董事会制定报国有资产监督管理机构批准。

国有独资公司不设股东会，由国有资产监督管理机构行使股东会职权。国有资产监督管理机构可以授权公司董事会行使股东会的部分职权，决定公司的重大事项，但公司的合并、分立、解散、增加或减少注册资本和发行公司债券，必须由国有资产监督管理机构决定；其中重要的国有独资公司合并、分立、解散、申请破产的，应当由国有资产监督管理机构审核后，报本级人民政府批准。

国有独资公司设董事会，依照法律规定的有限责任公司董事会的职权和国有资产监督管理机构的授权行使职权。董事每届任期不得超过 3 年。董事会成员中应当有公司职工代表。董事会成员由国有资产监督管理机构委派；但是，董事会成员中的职工代表由公司职工代表大会选举产生。

国有独资公司设经理，由董事会聘任或者解聘。国有独资公司经理的职权与普通有限责任公司相同。经国有资产监督管理机构同意，董事会成员可以兼任经理。

国有独资公司的董事长、副董事长、董事、高级管理人员，未经国有资产监督管理机构同意，不得在其他有限责任公司、股份有限公司或者其他经济组织兼职。

国有独资公司监事会成员不得少于 5 人，其中职工代表的比例不得低于 1/3，具体比例由公司章程规定。国有独资公司监事会的职权范围小于普通有限责任公司，包括检查公司财务；对董事、高级管理人员执行公司职务的行为进行监督，对违反法律、法规或者公司章程或者股东会决议的董事、高级管理人员提出罢免的建议；当董事、高级管理人员的行为损害公司的利益时，要求董事、高级管理人员予以纠正；以及国务院规定的其他职权。

## 五、有限责任公司的股权转让

有限责任公司作为资合兼人合的公司，其股东转让股权受到一定法律限制。《公司法》第七十二条规定：“有限责任公司的股东之间可以相互转让其全部或者部分股权。股东向股东以外的人转让股权，应当经其他股东过半数同意。股东应就其股权转让事项书面通知其他股东征求意见，其他股东自接到通知书之日起满 30 日未答复的，视为同意转让。其他股

东半数以上不同意转让的，不同意的股东应当购买该转让的股权；不购买的，视为同意转让。经股东同意转让的股权，在同等条件下，其他股东有优先购买权。两个以上股东主张行使优先购买权的，协商确定各自的购买比例；协商不成的，按照转让时各自的出资比例行使优先购买权。公司章程对股权转让另有规定的，从其规定。”

《公司法》还规定了特殊情况下股权的转让问题。人民法院依照法律规定的强制执行程序转让股东的股权时，应当通知公司及全体股东，其他股东在同等条件下有优先购买权。其他股东自人民法院通知之日起满 20 日不行使优先购买权的，视为放弃优先购买权。自然人股东死亡后，其合法继承人可以继承股东资格，但公司章程另有规定的除外。

为维护少数股东权益，《公司法》设置了股东的股权回购请求权，规定有下列情形之一的，对股东会该项决议投反对票的股东可以请求公司按照合理的价格收购其股权：① 公司连续 5 年不向股东分配利润，而公司该 5 年连续盈利，并且符合法律规定的分配利润条件的；② 公司合并、分立、转让主要财产的；③ 公司章程规定的营业期限届满或者章程规定的其他解散事由出现，股东会会议通过决议修改章程使公司存续的。自股东会会议决议通过之日起 60 日内，股东与公司不能达成股权收购协议的，股东可以自股东会会议决议通过之日起 90 日内向人民法院提起诉讼。

### 第三节 股份有限公司的设立与组织机构

#### 一、股份有限公司的设立

股份有限公司的设立，可以采取发起设立或者募集设立的方式。发起设立是指发起人认购公司应发行的全部股份而设立公司。募集设立是指由发起人认购公司应发行股份的一部分，即发起人认购的股份不得少于公司股份总数的 35%，其余股份向社会公开募集或者向特定对象募集而设立公司。

《公司法》对股份有限公司的设立采取准则主义，只要符合法律规定的条件，设立股份有限公司可直接向登记机关申请登记设立，不再需要报行政主管部门批准。

根据《公司法》规定，设立股份有限公司，应当具备下列条件。

##### 1. 发起人符合法定人数

股份有限公司的发起人是指依法办理筹建股份有限公司事务的人。设立股份有限公司必须要有发起人。《公司法》规定，设立股份有限公司，应当有 2 人以上 200 人以下的发起人，其中须有过半数的发起人在中国境内有住所。发起人应当签订发起人协议，明确各自在公司设立过程中的权利和义务。

## 2. 发起人认缴和募集的股本达到法定资本最低限额

股份有限公司采取发起设立方式设立的，注册资本为在公司登记机关登记的全体发起人认购的股本总额。公司全体发起人的首次出资额不得低于注册资本的 20%，其余部分由发起人自公司成立之日起两年内缴足；其中，投资公司可以在五年内缴足。在缴足前，不得向他人募集股份。股份有限公司采取募集方式设立的，注册资本为在公司登记机关登记的实收股本总额。股份有限公司注册资本的最低限额为人民币 500 万元。法律、行政法规对股份有限公司注册资本的最低限额有较高规定的，从其规定。股份有限公司发起人的出资要求与有限责任公司股东的出资要求相同。

## 3. 股份发行、筹办事项符合法律规定

## 4. 发起人制订公司章程，采取募集方式设立的须经创立大会通过

股份有限公司章程应当载明下列事项：① 公司名称和住所；② 公司经营范围；③ 公司设立方式；④ 公司股份总数、每股金额和注册资本；⑤ 发起人的姓名或者名称、认购的股份数、出资方式 and 出资时间；⑥ 董事会的组成、职权、任期和议事规则；⑦ 公司法定代表人；⑧ 监事会的组成、职权、任期和议事规则；⑨ 公司利润分配办法；⑩ 公司的解散事由与清算办法；⑪ 公司的通知和公告办法；⑫ 股东大会会议认为需要规定的其他事项。

## 5. 有公司名称，建立符合股份有限公司的组织机构

## 6. 有公司住所

# 二、股份有限公司的组织机构

股份有限公司的组织机构包括股东大会、董事会、监事会、经理。

### （一）股东大会

股份有限公司的股东，是指股份有限公司的股份持有人。股份有限公司的股东按其持有股份的份额对公司享有权利并承担相应的义务。股份有限公司股东大会是由公司全体股东共同组成的权利机构，是对公司重大事项行使最终决策权的机构。

## 1. 股东大会的职权

股东大会行使《公司法》规定的职权。股份有限公司股东大会行使的职权，与有限责任公司股东会的职权相同。

## 2. 股东大会的形式

股份有限公司股东大会的形式分为年会和临时会两种。年会即每年按时召开一次的大

会。我国《公司法》规定，有下列情形之一的，应当在2个月内召开临时股东大会：

- （1）董事人数不足《公司法》规定的人数或者公司章程所定人数的2/3时；
- （2）公司未弥补的亏损达实收股本总额1/3时；
- （3）单独或者合计持有公司股份10%以上股份的股东请求时；
- （4）董事会认为必要时；
- （5）监事会提议召开时；
- （6）公司章程规定的其他情形。

### 3. 股东大会的议事规则

股份有限公司股东大会会议由董事会负责召集，由董事长主持；董事长不能或者不履行职务的，由副董事长主持。副董事长不能或者不履行职务的，由半数以上董事共同推举1名董事主持。董事会不能或者不履行召集股东大会会议职责的，监事会应当及时召集和主持；监事会不召集和主持的，连续90日以上单独或者合计持有公司1/10以上股份的股东可以自行召集和主持。

召开股东大会会议，应当将会议召开的时间、地点和审议的事项于会议召开20日前通知各股东；临时股东大会应当于会议召开15日前通知各股东；发行无记名股票的，应当于会议召开30日前公告会议召开的时间、地点和审议事项。

股东出席股东大会会议，所持有每一股份有一表决权。股份有限公司股东大会的决议分为特别决议和一般决议。特别决议是指对修改公司章程、增加或者减少注册资本，以及公司合并、分立、解散或者变更公司形式所做的决议，在此之外的决议为一般决议。特别决议必须经出席会议的股东所持表决权的2/3以上通过，一般决议只须经出席会议的股东所持表决权的半数以上通过。

《公司法》和公司章程规定公司转让、受让重大资产或者对外提供担保等事项必须经股东大会做出决议，董事会应当及时召集股东大会会议，由股东大会就上述事项进行表决。

股东大会应当将所议事项的决定做成会议记录，主持人、出席会议的董事应当在会议记录上签名。会议记录应当与出席股东会议的股东的签名册及代理出席的委托书一并保存。

## （二）股份有限公司的董事会和经理

### 1. 董事会的组成及职权

股份有限公司的董事会是公司股东大会的执行机构，对公司股东大会负责。董事会由5人至19人组成，董事会成员中可以有公司职工代表。董事会中的职工代表由公司职工民主选举产生。股份有限公司董事的任期、董事会的职权与有限责任公司相同。

董事会设董事长1人，可以设副董事长。

根据公司需要，董事会可以授权董事长在董事会闭会期间行使董事会的部分职权，董

事会还可以决定，由董事会成员兼任公司经理。

## 2. 董事和董事长

(1) 董事。股份有限公司董事由股东大会按照法律和公司章程规定的决议程序选举产生。但《公司法》对第一届董事的产生方式做了特别的规定：以发起设立方式设立的股份有限公司，第一届的董事由发起人选举产生；以募集设立方式设立的股份有限公司，第一届的董事由创立大会选举产生。

董事任期由公司章程规定，但每届任期不得超过 3 年。董事任期届满，连选可以连任。董事在任期届满前，股东大会不得无故解除其职务。

股份有限公司董事资格的限制以及董事的责任与义务，适用有限责任公司董事的有关规定。

(2) 董事长。股份有限公司董事长由董事会以全体董事的过半数选举产生，董事长为公司的法定代表人。副董事长也由董事会以全体董事的过半数选举产生，副董事长协助董事长工作。董事长不能或者不履行职务时，由副董事长履行；副董事长不能或者不履行职务的，由半数以上董事共同推举 1 名董事履行职务。

## 3. 董事会会议

根据《公司法》规定，股份有限公司的董事会每年度至少召开两次会议，每次会议应当于会议召开 10 日前通知全体董事和监事。代表 1/10 以上表决权的股东、1/3 以上董事或者监事会，可以提议召开临时董事会会议。董事长应当自接到提议后 10 日内，召集和主持董事会会议。



必须注意，股份有限公司董事会开会时，董事应亲自出席，董事因故不能出席时，可以书面委托其他董事代为出席，但书面委托中应载明授权范围。《公司法》规定，股份有限公司董事会会议应有过半数的董事出席方可举行。董事会决议必须经全体董事的过半数通过。董事会应当对会议所议事项做成会议记录，出席会议的董事应当在会议记录上签名。董事应当对董事会的决议承担责任。董事会的决议违反法律、行政法规或者公司章程、股东大会决议，致使公司遭受损失的，参与决议的董事对公司负赔偿责任。但经证明在表决时曾表明异议并记载于会议记录的，该董事可以免除责任。

### 案例 4-1

某股份有限公司董事会由 15 名董事组成。2006 年 5 月 10 日，公司董事长召集并主持召开董事会会议，其中亲自出席会议的董事 6 名，有一名董事委托董事长出席，另有一名

董事委托一名股东（非董事）出席。



案例分析

由于出席会议的董事未达到 1/2 以上（委托股东出席为无效委托），因此导致此次董事会议不能召开，如果召开，此次会议做出的决议也是无效的，因为此次会议召开本身就不合法，而董事会决议必须经全体董事过半数通过。如果亲自出席会议的董事为 9 名，则此次会议即为有效。董事会决议必须经 8 名以上董事通过方为有效。

4. 经理

股份有限公司设经理，由董事会聘任或者解聘。经理依据法律和公司章程的规定行使职权，负责公司的日常经营管理工作，对董事会负责。股份有限公司经理与有限责任公司经理行使的职权相同。股份有限公司经理资格的限制以及经理的责任与义务，适用有限责任公司经理的有关规定。公司董事会可以决定由董事会成员兼任经理。

（三）股份有限公司的监事会

股份有限公司监事会是公司依照公司法以及公司章程设立的监督公司各项事务的机构。监事会是股份有限公司必设的监督机构，监事会对股东大会负责，向股东大会报告工作。其组成和职权与有限责任公司监事会相同。

股份有限公司监事资格的限制以及监事的责任与义务，适用有限责任公司监事的有关规定。

监事会每 6 个月至少召开一次会议。监事可以提议召开临时监事会会议。

有限责任公司与股份有限公司的设立及组织机构的比较见表 4-2。

表 4-2 有限责任公司与股份有限公司的设立及组织机构比较表

公司种类		有限责任公司	股份有限公司
主要区别			
概念		是股东以其认缴的出资额对公司承担责任，公司以其全部财产对公司的债务承担责任的企业法人	是将其全部资本划分为等额股份，股东以其认购的股份对公司承担责任，公司以其全部财产对公司债务承担责任的企业法人
条件	人数	<ul style="list-style-type: none"><li>• 50 人以下</li><li>• 一人有限责任公司</li><li>• 国有独资公司</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>• 发起人 2 人以上 200 人以下，过半数在中国境内有住所</li></ul>
	注册资本最低限额	人民币 3 万元，一人有限责任公司 10 万元	人民币 500 万元

续表

公司种类		有限责任公司	股份有限公司
主要区别			
条件	出资方式	货币、实物、工业产权、非专利技术、土地使用权	相同 要求折合成股份
	作价要求	非货币资产评估作价	相同
	出资凭证	出资证明书	股票
	章程	股东共同制定章程	发起人制定章程并经创立大会通过
	公司成立的其他条件	有公司名称、组织机构、固定的生产经营场所和必要的生产经营条件	<ul style="list-style-type: none"><li>股份发行、筹办事项符合法律规定</li><li>有公司名称、组织机构、有固定的生产经营场所和必要的生产经营条件</li></ul>
组织机构	权利机构 职权 会议形式 议事规则	股东大会 11 项（略） 定期会议和临时会议（3 种情况） 略	股东大会 相同 年会和临时会议（5 种情况） 略
	执行机构 组成 职权 议事规定	董事会或执行董事 3~13 人 11 项 略	董事会 5~19 人 相同 略
	经理职权	8 项（略）	相同
	监督机构 组成 职权	监事会或监事 1~2 名监事或不少于 3 名成员的监事会 7 项（略）	监事会 不少于 3 人 相同
	董事、监事、经理的资格、职责	资格：5 种人不能担任（略） 职责：8 项（略）	相同



## 第四节 股份有限公司的股份发行与转让

### 一、股份有限公司的股份发行

#### （一）股份与股票

股份有限公司的股份，是指按相等金额或者相同比例，平均划分公司资本的基本计量单位，代表股东在公司中的权利和义务。股份有限公司的股票，是公司签发的证明股东所持股份的法律凭证，是股份的法律表现形式。我国《公司法》规定，股份有限公司的资本划分为股份，每一股的金额相等，采取股票的形式。股票采用纸面形式或国务院证券监督管理机构规定的其他形式。

股票作为股东所持股份的法律证明，应当载明公司名称、公司登记成立的日期、股票种类、票面金额及代表的股份数、股票的编号等事项。股票由董事长签名，公司盖章。

按照不同的划分标准，可以将股份分为许多种类。常见的分类有以下几种：

（1）根据股份所代表的股东权利性质的不同，股份可分为普通股和优先股。普通股是股份有限公司设立的基础性股份，为任何股份公司发行股份时必须发行的股份。普通股股东在股份有限公司事务上具有平等的权利和相同的法律地位，如出席股东大会的权利、行使公司事务表决权、获得利润和剩余财产的分配权等。优先股是优先于普通股获得特定权利的股份，如优先分配公司盈余、优先分配公司剩余财产等。我国允许公司发行优先股。

（2）根据股票票面是否记载股东的姓名，分为记名股和无记名股。记名股是指股票票面上记载有股东姓名的股份。无记名股是指股票票面上不记载股东姓名的股份。

我国《公司法》规定，公司向发起人、国家授权投资的机构、法人发行的股票，应当为记名股票，并应记载该发起人、机构或者法人的名称，不得另立户名或者以代表人的姓名记名。对社会公众发行的股票，可以为记名股票，也可以为无记名股票。

（3）根据股票票面是否记载金额为标准，分为面额股与无面额股。面额股是指股票票面上记载股份金额的股份或股票。无面额股是指股票票面上不记载股份金额的股份或股票。目前，我国法律不允许发行无面额股。

除了上述通行的股份分类外，我国现行法律中最为典型的分类方法是将股份分为国家股、法人股、个人股和外资股。

#### （二）股份的发行

##### 1. 股份发行的概念

股份发行是指股份有限公司为设立公司或者筹集资金，依照法律规定发售股份的行为。

按照股份发行目的不同，股份发行分为为设立公司而发行股份、为扩大公司资本而发行股份两种类型。

## 2. 股份发行的原则

我国股份有限公司股份的发行实行公开、公平、公正的原则，同股同权，同股同利。其中，公开原则是股份发行的核心原则，旨在最大限度地保护社会公众利益，保障投资者在掌握充分和可信的信息情况下做出投资决策。公平和公正原则是对公开原则的重要补充，旨在平等地保护投资者的利益。

## 3. 股份发行的一般规则

股份发行无论是设立发行还是新股发行，除应符合法定条件并履行法定程序外，还应当遵守下列规定：

（1）股份发行不得折价发行。按照股份发行价格与股票票面金额的关系，股份发行价格有平价发行、溢价发行和折价发行三种。平价发行也称面额发行，是指按照股票的票面金额发行股份；溢价发行是指按照高于股票票面金额的价格发行股份；折价发行是指按照低于股票票面金额的价格发行股份。我国《公司法》规定，股票发行价格可以按票面金额，也可以超过票面金额，但不得低于票面金额。

（2）股份发行必须同股同价发行。同股同价发行是指同次发行的股份，其每股发行条件和价格应当相同，不得在股份的同次发行中采用不同的发行价格和条件。任何单位和个人所认购的股份，每股应当支付相同价额。

## 4. 股份发行的条件

根据《股票发行与交易管理暂行条例》的规定，设立股份有限公司申请公开发行股票，应当符合以下条件：① 其生产经营符合国家产业政策；② 其发行的普通股限于一种，同股同权；③ 发起人认购的股本数额不少于公司拟发行的股本总额的 35%；④ 在公司拟发行的股本总额中，发起人认购的部分不少于人民币 3 000 万元，国家另有规定的除外；⑤ 向社会公众发行的部分不少于公司拟发行的股本总额的 25%，其中公司职工认购的股本总额不得超过拟向社会公众发行的股本总额的 10%，人均不得超过 5 000 股，公司拟发行的股本总额超过人民币 4 亿元的，向社会公众发行的部分的比例最低不少于公司拟发行的股本总额的 10%；⑥ 发起人在近 3 年内没有重大违法行为；⑦ 国务院证券监督管理机构规定的其他条件。

对原企业改组设立股份有限公司申请公开发行股票的，除应符合上述条件外，还应符合以下两项条件：一是发行前一年末的净资产在总资产中所占比例不低于 30%，无形资产（土地使用权除外）在净资产中比例不高于 20%，但国家另有规定的除外；二是近 3 年连续盈利。

## 二、股份有限公司的股份转让

### （一）股份转让的概念

股份转让是指股份有限公司的股份持有人依法定条件和程序将其持有的股份让与他人，从而使他人成为公司股东的行为。

### （二）股份转让的法律规定

我国《公司法》对股份有限公司的股份转让做了以下规定：

- （1）股东转让股份，必须在依法设立的证券交易所进行。
- （2）记名股票的转让，必须由股票持有人以背书方式或者法律、行政法规规定的方式转让。
- （3）无记名股票的转让，只要股东在依法设立的证券交易所将股票交付给受让人后即发生转让法律效力，股票原持有人即丧失其相应的股份和股东权，股票受让人即获得相应的股份和股东权。

（4）股份有限公司的发起人持有的本公司的股份，自公司成立之日起1年内不得转让；公司公开发行股份前已发行的股份，自公司股票在证券交易所上市交易之日起1年内不得转让。公司董事、监事、高级管理人员应当向公司申报所持有的本公司的股份及其变动情况，并在任职期间内转让的股份不得超过其所持有本公司股份总数的25%；所持本公司股份自公司股票上市交易之日起1年内不得转让；公司董事、监事、高级管理人员离职后半年内，不得转让其所持有的本公司的股份。

（5）国家授权投资的机构可以依法转让其持有的股份，也可以购买其他股东持有的股份。

（6）公司不得收购本公司的股票，但有下列情形之一的除外：① 减少公司注册资本；② 与持有本公司股份的其他公司合并；③ 将股份奖励给本公司职工；④ 股东因对股东大会做出的公司合并、分立决议持异议，要求公司收购其股份的。

（7）公司不得接受本公司的股票作为质押权的标的。



要注意股份转让的限制性规定，如对发起人、董事、监事、高级管理人员的限制。

## 第五节 公司债券

### 一、公司债券的概念和种类

#### （一）公司债券的概念

公司债券是指公司依照法定条件和程序发行的，约定在一定期限还本付息的有价证券。

公司债券与公司股票有不同的法律特征。公司债券表示发行者与投资者之间的债权债务关系，公司股票表示投资者对发行股票的公司拥有股东的一系列权利；公司债券的本金到期退还，公司股票所表示的股金则一般不予退还；持有公司债券的收益即利息是固定的，而公司股票的收益可能较高或较低，股票风险比债券风险大；公司债券具有优先偿还权，持有人在公司解散或者破产的情况下，优先于公司股票得到债务清偿。

## （二）公司债券的种类

依照不同的标准，对公司债券可以进行不同的分类。

（1）记名公司债券和无记名公司债券。记名公司债券是指在公司债券上记载债权人姓名或者名称的债券。无记名公司债券是指在公司债券上不记载债权人姓名或者名称的债券。区分记名公司债券和无记名公司债券的法律意义在于两者转让的要求不同。记名公司债券的转让，转让人需要在债券上背书；而无记名公司债券的转让，交付债券时，转让即发生法律效力。

（2）可转换公司债券与不可转换公司债券。可转换公司债券是指可以转换成公司股票的公司债券。这种公司债券在发行时规定了转换为公司股票的条件与办法；当条件具备时，债券持有人拥有将公司债券转换为公司股份的选择权。不可转换公司债券是指不能转换为公司股票的公司债券。凡在发行债券时未做出转换约定的，均为不可转换公司债券。

根据《公司法》的规定，上市公司经股东大会决议可以发行可转换为股票的公司债券，并在公司债券募集办法中规定具体的转换办法。上市公司发行可转换公司债券，应报经国务院证券监督管理机构核准。公司发行可转换公司债券的，除应具备发行公司债券的条件外，还应当符合股票发行条件。发行可转换公司债券的公司应当在债券上标明可转换公司债券的字样，在公司债券存根簿上载明可转换公司债券的数额。可转换公司债券持有人对于是否转换为股票有选择权，在可转换公司债券持有人提出转换要求时，公司应当按照规定的转换办法向债券持有人换发股票。

## 二、公司债券的转让

我国《公司法》规定。公司债券可以依法进行转让。公司债券的转让应当在依法设立的证券交易所进行，不得私下进行。公司债券的转让价格由转让人与受让人自己约定。

根据公司债券的种类不同，公司债券的转让有两种不同的方式。记名公司债券持有人以背书方式转让或者以法律、行政法规规定的其他方式转让，记名债券的转让由公司将受让人的姓名或者名称及住所记载于公司债券存根簿上，以备公司存查。无记名公司债券的转让手续较为简单，只需由债券持有人在依法设立的证券交易所，将要转让的债券交付给受让人即发生转让效力。受让人一经持有该债券，即成为公司的债权人。

公司股票与公司债券比较见表 4-3。

表 4-3 公司股票与公司债券比较表

	公司股票	公司债券
概念	略	略
发行时间	公司成立前发行第一次股票	公司成立后才开始发生
发行主体	股份有限公司	<ul style="list-style-type: none"><li>• 股份有限公司</li><li>• 国有独资公司</li><li>• 两个以上国有企业或国有投资主体设立的有限责任公司</li></ul>
权利性质	股东权	债权
相互转换	可转换股份（优先股—普通股）	可将公司债券转成股票
解散后分配	股东在后	债权人在先
经营权	有经营参与权（股东）	债权人无经营参与权
利率	股票利率不固定，不事先约定，股利的有无、大小取决于公司经营情况	双方约定，并可计入成本，如数如期发放
发行条件	7 项（略）	6 项（略）
本金偿还	不得退股，无限期使用	使用有限期
收购	不允许收购自己的股份，特殊情况除外	公司可收购自己的债券，收回后可销毁
发行价格	面值发行、溢价发行	面值发行、折价发行、溢价发行

第六节 公司财务、会计

一、公司的财务会计报告

公司应当在每一会计年度终了时制作财务会计报告，并依法经审查验证。公司的财务会计报告主要包括：① 资产负债表；② 损益表（利润表）；③ 现金流量表；④ 财务情况说明书；⑤ 利润分配表。对于上市公司，在每一会计年度的上半年结束之日，还应制作中期财务会计报告。

公司向外报送的年度会计报告必须依法经注册会计师验证，并由公司法定代表人、总会计师、会计机构负责人和主管会计人员签署。有限责任公司应当按照公司章程规定的期限，将公司财务会计报告及时送交公司的各个股东。股份有限公司的财务会计报告应当在召开股东大会年会的 20 日以前置于本公司，供股东查阅。公开发行股票的股份有限公司必须公告其财务会计报告。

## 二、公司的利润分配

### （一）利润分配的顺序

公司利润是指公司在一定时期（1 年）内从事经营活动的财务成果。公司应当按如下顺序进行利润分配：

- （1）弥补以前年度的亏损，但不得超过税法规定的弥补期限；
- （2）缴纳所得税；
- （3）弥补在税前利润弥补亏损之后仍存在的亏损；
- （4）提取法定公积金；
- （5）提取任意公积金；
- （6）向股东分配利润。

股东会或者董事会违反规定，在弥补亏损和提取法定公积金之前向股东分配利润的，必须将违反规定分配的利润退还公司。

### （二）公积金

公积金分为盈余公积金和资本公积金两类。盈余公积金，分为法定盈余公积金和任意盈余公积金两种。法定盈余公积金按照税后利润（减弥补亏损）的 10%提取，当公司法定盈余公积累计额已达到注册资本 50%时可不再提取。任意盈余公积金按照公司章程规定或者股东会决议，从税后利润中提取。资本公积包括资本溢价、法定财产重估增值、接受捐赠的资产价值等。

公司的公积金应当按照规定的用途使用。公司公积金主要有以下用途：① 弥补亏损。公司的亏损按照国家税法规定可以用缴纳所得税前的利润弥补，超过用所得税前利润弥补期限仍未补足的亏损，可以用公司税后利润抵补；发生特大亏损，税后利润仍不足抵补的，可以用公司的公积金抵补。② 扩大公司生产经营。公司可以根据生产经营的需要，用公积金来扩大生产经营规模。③ 转增资本。公司为了实现增加资本的目的，可以将公积金的一部分转为资本。股份有限公司经股东大会决议将公积金转增资本时，按股东原有股份比例派送新股。对用任意公积金转增资本的，法律没有限制，但用法定公积金转增资本时，法律规定公司所存留该项公积金不得少于转增前公司注册资本的 25%。

### （三）股利的分配

股利是按股份支付给持有人的公司盈余。有限责任公司依照股东出资比例进行分配。股份有限公司依照股东持有的股份比例进行分配。

## 第七节 公司的变更、破产、解散和清算

### 一、公司的合并与分立

公司的合并，是指两个以上的公司依照法定程序变为一个公司的行为。其形式有两种：一是吸收合并，二是新设合并。吸收合并指吸收一个或一个以上的公司加入本公司，被吸收的公司解散。新设合并是指两个以上的公司合并设立一个新的公司，合并各方解散。

公司的分立，是指一个公司依法分为两个以上的公司。公司分立的形式有两种：一是派生分立，即公司以其部分财产另设立一个或数个新公司，原公司存续；二是新设分立，即公司以其全部财产分别归入两个以上的新设公司，原公司解散。

公司合并或分立，应当由公司的股东会或者股东大会做出决议。公司合并，由合并各方签订合并协议；公司分立，其财产做相应的分割。公司合并或分立，应编制资产负债表及财产清单。公司应当自做出合并或分立决议之日起 10 日内通知债权人，并于 30 日内在报纸上公告。债权人自接到通知书之日起 30 日内，未接到通知书的自第一次公告之日起 45 日内，有权要求公司清偿债务或者提供相应的担保，不清偿债务或者不提供相应的担保的，公司不得合并或分立。



公司合并时，合并各方的债权、债务，应当由合并后存续的公司或者新设的公司承继。公司分立前的债务按所达成的协议由分立后的公司承担。合并或分立的公司应重新登记注册。

### 二、注册资本的增加或减少

有限责任公司增加注册资本时，股东认缴新增资本的出资，按照设立有限责任公司缴纳出资的有关规定执行。

股份有限公司为增加注册资本发行新股时，股东认购新股应当按照设立股份有限公司缴纳股款的有关规定执行。

公司需要减少注册资本时，必须编制资产负债表及财产清单。公司应当自做出减少注册资本决议之日起 10 日内通知债权人，并于 30 日内在报纸上公告。债权人自接到通知书之日起 30 日内，未接到通知书的自第一次公告之日起 45 日内，有权要求公司清偿债务或者提供相应的担保，不清偿债务或者不提供相应的担保的，公司不得减少注册资本。公司减少注册资本后的注册资本不得低于法定的最低限额。



公司增加或减少注册资本，应当依法向公司登记机关办理变更登记。

### 三、公司的破产、解散和清算

#### （一）公司的破产

公司因不能清偿到期债务，经该公司或其债权人向有管辖权的人民法院提出申请，被依法宣告破产的，由人民法院依照有关法律规定，组织股东、有关机关及有关专业人员成立清算组，对公司进行破产清算。

#### （二）公司的解散和清算

公司的解散是一种丧失法人资格的行为。这种行为的结果，是公司丧失了进行业务活动的能力。公司有以下情形之一的，可以解散：① 公司章程规定的营业期限届满或者公司章程规定的其他解散事由出现时；② 股东会决议解散；③ 因公司合并或分立需要解散的；④ 公司违反法律、行政法规被依法责令关闭解散；⑤ 人民法院依法予以解散。

公司经营管理发生严重困难，继续存续会使股东利益受到重大损失，通过其他途径不能解决的，持有公司全部股东表决权 10%以上的股东，可以请求人民法院解散公司。

公司解散，应依法成立清算组进行清算。清算组依照法定程序行使职权，财产处分后，制作清算报告，报股东会或者有关主管机关确认，并报送公司登记机关，申请注销公司登记，公告公司终止。

## 第八节 违反公司法的法律责任

### 一、公司发起人、股东的法律责任

（1）违反《公司法》规定，虚报注册资本、提交虚假材料或者采取其他欺诈手段隐瞒重要事实取得公司登记的，由公司登记机关责令改正，对虚报注册资本的公司，处以虚报注册资本金额 5%以上 15%以下的罚款；对提交虚假材料或者采取其他欺诈手段隐瞒重要事实的公司，处以 5 万元以上 50 万元以下的罚款；情节严重的，撤销公司登记或者吊销营业执照。构成犯罪的，依法追究刑事责任。

（2）公司的发起人、股东虚假出资，未交付或者未按期交付作为出资的货币或者非货币财产的，由公司登记机关责令改正，处以虚假出资金额 5%以上 15%以下的罚款。构成犯罪的，依法追究刑事责任。

（3）公司的发起人、股东在公司成立后，抽逃其出资的，由公司登记机关责令改正，处



以所抽逃出资金额 5%以上 15%以下的罚款。构成犯罪的，依法追究刑事责任。

## 二、公司的法律责任

（1）公司违反《公司法》规定，在法定的会计账簿以外另立会计账簿的，由县级以上人民政府财政部门责令改正，处以 5 万元以上 50 万元以下的罚款。构成犯罪的，依法追究刑事责任。

（2）公司在依法向有关主管部门提供的财务会计报告等材料上做虚假记载或者隐瞒重要事实的，由有关主管部门对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处以 3 万元以上 30 万元以下的罚款。

（3）公司不依照《公司法》规定提取法定公积金的，由县级以上人民政府财政部门责令如数补足应当提取的金额，可以对公司处以 20 万元以下的罚款。

（4）公司在合并、分立、减少注册资本或者进行清算时，不依照《公司法》规定通知或者公告债权人的，由公司登记机关责令改正，对公司处以 1 万元以上 10 万元以下的罚款。

（5）公司在进行清算时，隐匿财产，对资产负债表或者财产清单做虚假记载或者在未清偿债务前分配公司财产的，由公司登记机关责令改正，对公司处以隐匿财产或者未清偿债务前分配公司财产金额 5%以上 10%以下的罚款；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处以 1 万元以上 10 万元以下的罚款。构成犯罪的，依法追究刑事责任。

（6）公司在清算期间开展与清算无关的经营活动的，由公司登记机关予以警告，没收违法所得。

（7）公司成立后无正当理由超过六个月未开业的，或者开业后自行停业连续六个月以上的，可以由公司登记机关吊销营业执照。

（8）公司登记事项发生变更时，未依照《公司法》规定办理有关变更登记的，由公司登记机关责令限期登记；逾期不登记的，处以 1 万元以上 10 万元以下的罚款。

（9）外国公司违反《公司法》规定，擅自在中国境内设立分支机构的，由公司登记机关责令改正或者关闭，可以并处 5 万元以上 20 万元以下的罚款。

公司违反《公司法》规定，应当承担民事赔偿责任和缴纳罚款、罚金的，其财产不足以支付时，先承担民事赔偿责任。



### 思考题

1. 试分析有限责任公司与股份有限公司的区别。
2. 设立有限责任公司应具备哪些条件？

3. 简述设立股份有限公司的方式与条件。
4. 简述股份与股票的关系。
5. 债券与股票有何区别？
6. 对比分析有限责任公司与股份有限公司的组织机构。



## 案例分析题

1. 甲、乙均为国有企业，2006 年 5 月，两企业经过多次协商，达成共同出资设立国有独资公司的协议。该协议规定：① 甲企业出资 200 万元，其中货币 100 万元，注册商标作价 100 万元；乙企业出资 300 万元，其中货币 100 万元，专利权作价 150 万元，劳务 50 万元。② 公司在 A 地设立具有法人资格的分公司，独立进行经营活动。③ 公司设立 3 年后，双方按出资比例抽回各自出资的 30%。④ 其他（略）。

**要求：**根据以上情况回答该协议在内容上有哪些违法之处？

2. 甲股份有限公司董事会由 11 名董事组成。2006 年 5 月 10 日，公司董事长张某召集并主持召开董事会会议，出席会议的共 8 名董事，另有 3 名董事因事请假。董事会会议讨论的下列事项，经表决有 6 名董事同意而获通过：

① 鉴于公司董事会成员工作任务加重，决定给每位董事会成员涨工资 30%。

② 鉴于监事会成员中的职工代表李某生病，决定由本公司职工王某参加监事会。

③ 鉴于公司的财务会计工作任务日益繁重，拟将财务科升格为财务部，并面向社会公开招聘会计人员 3 人，招聘会计人员事宜及财务科升格为财务部的方案经股东大会通过后付诸实施。

**要求：**根据以上情况回答下列问题。

（1）甲公司董事会会议召开和表决程序是否符合法律规定？为什么？

（2）甲公司董事会通过的事项有无不符合法律规定之处？请分别说明理由。

3. 2005 年 5 月 1 日，甲、乙、丙、丁四公司经商议签订了一份协议，合同约定：四方共同出资改造甲所属的微波炉厂，并把厂名定为宏达微波炉有限责任公司；注册资本为 4 000 万元。其中，甲以旧厂房作价 800 万元，并以红星牌微波炉商标折价 200 万元作为出资；乙以现金 550 万元，并以微波炉生产技术折价 450 万元作为出资；丙、丁各以现金 1 000 万元作为出资；在合同生效后 10 日内四方资金必须到位，由甲负责办理公司登记手续。2005 年 5 月 5 日，甲、乙、丙都按合同规定办理了出资手续和财产转移手续，但丁提出，因资金困难，要求退出。甲、乙、丙均表示同意。2005 年 6 月 1 日，经工商注册登记宏达公司正式成立。2005 年 8 月 1 日，丙提出自己的公司因技术改造缺乏资金，要求抽回自己的出资，同时愿意赔偿其他股东的经济损失各 50 万元，宏达公司股东会研究后没有同意丙的要

求。2005年11月5日，甲公司提出将自己所有股权的1/3转让给戊。

**要求：**根据以上事实，回答下列问题。

- (1) 甲、乙、丙、丁四方签订的合同约定的出资是否符合法律规定？为什么？
- (2) 对丁的要求，甲、乙、丙三方是否应当接受？
- (3) 对丙的要求，宏达公司股东会的决议是否正确？为什么？
- (4) 对甲的要求，应如何处理？

4. 某市甲、乙、丙三企业经协商决定共同投资设立一从事生产经营的公司。甲、乙、丙设立了发起人协议，协议中的部分内容如下：公司的组织形式为有限责任公司，公司名称为光华实业公司；公司注册资本150万元，其中甲出资70万元，乙出资30万元，丙出资50万元（其中以一非专利技术出资折价36万元）；委托甲办理设立公司的申请登记手续。甲到当地工商行政管理局申请公司设立登记。工商行政管理局指出了申请人在公司名称方面的不合法之处，甲经与乙、丙商妥后均予以纠正。2002年10月10日，当地工商行政管理局向甲颁发了于当日签发的《企业法人营业执照》，公司名称为“光华××公司”（以下简称光华公司）。甲认为，按照法律规定，公司成立应当公告，并于同年10月25日发出公司成立的公告。2005年5月，光华公司拟与美国丁公司在本市投资设立一中外合资经营企业，双方经商谈达成初步协议，协议中的部分内容如下：合营企业注册资本200万元，光华公司以现金及实物出资160万元，丁公司出资折合人民币40万元；双方分期出资，光华公司第一期出资30万元，丁公司第一期出资折合人民币5万元；双方各派1名代表组成董事会。后因其他原因，该合营企业未设立。2006年5月，经光华公司董事会决定，将公司资金50万元以公司财务人员王某的名义开立账户存储。2006年10月，光华公司发生严重财务危机，为此，经公司董事会研究并一致通过，决定公司解散。

**要求：**根据以上情况回答下列问题。

(1) 甲、乙、丙订立的发起人协议中关于公司名称的约定为什么不符合法律规定？请说明理由。

- (2) 甲认为，按照法律规定光华公司成立应当公告，甲的观点是否正确。为什么？
- (3) 光华公司成立的日期应当是哪一天？
- (4) 光华公司与美国丁公司达成的初步协议中有哪些不符合我国法律规定之处，为什么？
- (5) 光华公司董事会决定将公司资金以个人名义开立账户存储，这种行为是否违法？
- (6) 光华公司董事会决定公司解散的做法是否合法，为什么？

5. 某公司注册资本为5000万元，2005年度该公司税后利润为7000万元，法定公积金累计为2000万元。

**要求：**根据以上情况回答下列问题。

- (1) 简述公司利润的分配顺序。
- (2) 公司至少需再提多少万元法定公积金后，方可不再提取法定公积金？

# 第五章 企业破产法律制度

## G 本章目的和任务

通过本章学习,要求学生掌握国有企业破产的条件,破产申请的提出和受理,债权人会议,和解与整顿的内容,破产财产与破产债权的构成,破产财产的分配顺序,清算组的职权;理解破产及破产法的概念;了解国有企业破产立法概况,破产责任与破产救济,并能够正确运用法律知识解决实践中的具体问题。

## ✓ 本章要点

- 破产法概述
- 破产申请的提出与受理
- 债权人会议与和解、整顿制度
- 破产宣告与破产清算
- 法律责任与破产救济

本章主要内容如图 5-1 所示。

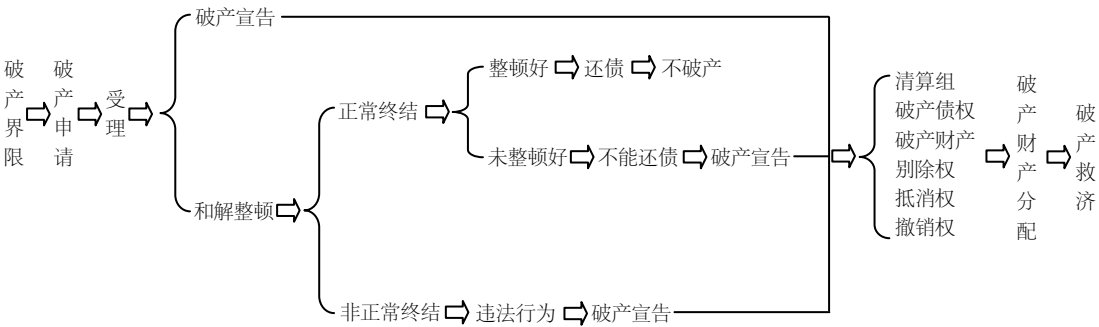


图 5-1 本章主要内容图示

## 第一节 破产法概述

### 一、破产和破产法的概念

破产是商品经济社会发展到一定阶段必然出现的法律现象。破产是在债务人不能清偿到期债务时，由法院主持强制执行其全部财产，公平清偿全体债权人，或者在法院监督下，由债权人会议达成和解协议，整顿、复苏企业，清偿债务，避免倒闭清算的法律制度。

破产制度与同是解决债务纠纷的民事诉讼和执行制度相比，具有以下几个特征：

（1）民事诉讼与执行程序中的债务人通常具有清偿能力，故强调债务人的自动履行，并在必要时强制其履行。而破产程序中的债务人已丧失清偿能力，其对个别债权人的自动履行违背对全体债权人公平清偿的原则，是为法律所限制的。

（2）民事诉讼与执行是为个别债权人利益进行的，而破产程序则是为全体债权人利益进行的，前者的目的是债的履行，而后者则更强调在债权人之间的公平履行以及对债务人正当权益的维护。

（3）破产程序是对债务人全部财产与经济关系进行的彻底清算，在做出破产宣告的情况下，将终结债务人的经营业务，并使其丧失民事主体资格。而民事执行不涉及民事主体资格问题，其范围则限于债务人的相关财产。

破产法是规定在债务人不能清偿到期债务时，法院强制对其全部财产清算分配，公平清偿债权人，或通过和解、整顿、企业重整，避免倒闭，清偿债务的法律规范的总称。破产法有广义、狭义之分。狭义的破产法仅指对债务人破产清算的法律。广义的破产法则还包括以避免债务人破产为主要目的的各种和解与企业整顿、重整方面的法律。现代意义上的破产法均指广义而言。

### 二、我国现行破产法律制度

我国现行破产法律制度，以《中华人民共和国企业破产法（试行）》（以下简称《破产法》）为其主要内容。



#### 相关链接

《破产法》系1986年12月2日第六届全国人大常委会第十八次会议通过，适用于全民所有制企业，自《全民所有制工业企业法》实施满3个月后，即自1988年11月1日起正式试行。

为保障《破产法》的顺利实施，最高人民法院于1991年11月发布了《关于贯彻执行〈中华人民共和国企业破产法（试行）〉若干问题的意见》（以下简称《意见》）。这一司法解释文件从法院工作的角度，对如何正确理解与执行企业破产法做出了许多详尽的规定，为各级法院审理破产案件提供了更具操作性的法律根据。1991年4月，第七届全国人大第四次会议通过了《民事诉讼法》。该法在第二篇第十九章中规定了企业法人破产还债程序，适用于非全民所有制的企业法人，以解决《破产法》调整范围过窄的不足，适应市场经济体制改革发展的实际需要。1997年3月，最高人民法院发布《关于当前人民法院审理企业破产案件应当注意的几个问题的通知》，对破产法适用中的一些问题做出了更为具体的规定。为了深化国有企业制度改革，指导并规范国有企业破产的试点工作，国务院于1994年10月25日下发了《关于在若干城市试行国有企业破产有关问题的通知》，对破产企业职工安置、破产财产的处置，银行贷款损失处理等重要问题做了具体规定，从而使破产的实施更具有可操作性。

## 第二节 破产申请的提出与受理

### 一、破产的界限

破产界限又称破产原因，是指法院据以宣告债务人破产的法律标准。

我国《破产法》规定：“企业因经营管理不善造成严重亏损，不能清偿到期债务的，依照本法规定宣告破产。”据此，破产界限的实质是不能清偿到期债务，简称不能清偿，是指债务人对请求偿还的到期债务因丧失清偿能力而无法偿还的客观经济状况。

宣告债务人企业破产必须符合法律规定的破产界限，但并非所有达到破产界限的企业均应被宣告破产。各国出于社会政策需要，通常都规定对某些特殊情况不予宣告破产。我国《破产法》规定：“企业由债权人申请破产，有下列情形之一的，不予宣告破产：①公用企业和与国计民生有重大关系的企业，政府有关部门给予资助或者采取其他措施帮助清偿债务的；②取得担保，自破产申请之日起6个月内清偿债务的。”企业由债权人申请破产，上级主管部门整顿并且经企业与债权人会议达成和解协议的，中止破产程序。

### 二、破产申请的提出和受理

#### （一）破产申请的提出

破产案件由当事人申请而开始，债权人、债务人均可提出破产申请。破产申请应当采用书面形式。

债权人提出破产申请，应当在向人民法院提交破产申请书的同时，提供以下证据材料：

① 债权发生的事实与证据；② 债权性质、数额、有无财产担保，并附证据；③ 债务人不能清偿到期债务的有关证据。

债务人经上级主管部门同意后，可申请宣告破产。债务人提出破产申请时，应当向人民法院提交破产申请书的同时，提供下列材料：① 书面破产申请；② 企业主体资格证明；③ 企业法定代表人与主要负责人名单；④ 企业职工情况和安置预案；⑤ 企业亏损情况的说明书，并附审计报告；⑥ 企业至破产申请日的资产状况明细表，包括有形资产、无形资产和企业投资情况等；⑦ 企业在金融机构开设账户的详细情况，包括开户审批材料、账号、资金等；⑧ 企业债权情况，列明企业的债务人名称、住所、债务数额、发生时间和催讨偿还情况；⑨ 企业债务情况表，列明企业的债权人名称、住所、债权数额、发生时间；⑩ 企业涉及的担保情况；⑪ 企业已发生的诉讼情况；⑫ 人民法院认为应当提交的其他材料。

破产案件由债务人所在地人民法院管辖。基层人民法院一般管辖县、县级市或区的工商行政管理机关核准登记的国有企业的破产案件，中级人民法院一般管辖地区、地级市（含本级）以上工商行政管理机关核准登记的国有企业的破产案件。

## （二）破产案件的受理

人民法院收到破产申请后，应当对债务人是否达到了破产界限以及破产申请是否提供了规定的材料进行审查，并在 7 日内决定是否立案。人民法院经审查认为破产申请人提交的材料需要更正、补充的，可以责令申请人限期更正、补充。申请人按期更正、补充材料的，人民法院自收到更正、补充材料之日起 7 日内决定是否立案受理。申请人逾期未更正、补充材料的，视为撤回破产申请。申请人对人民法院驳回破产申请的裁定不服时，有权向上一级人民法院提起上诉，上诉期限为裁定送达之日起 10 日内。

人民法院受理破产案件后，应当在 10 日内通知债务人并发布公告；在债务人申请的情况下，人民法院应在收到债务人提交的债务清册后 10 日内通知已知的债权人并发布公告。

债权人应当在收到通知后 1 个月内，未收到通知的债权人应当自公告之日起 3 个月内，向人民法院申报债权，说明债权的数额和有无财产担保，并且提交有关证明材料。逾期未申报债权的，视为自动放弃债权，在破产程序中便不再予以清偿。

人民法院应当对有财产担保的债权和无财产担保的债权的申报分别登记。

人民法院受理破产案件后，对债务人财产的其他民事执行程序必须中止。同时，债务人对部分债权人的清偿无效，但是债务人正常生产经营所必需的除外。



可见，破产申请既可以由债权人提出，也可以由债务人提出，由债务人所在地人民法院管辖，不过债权人与债务人提出破产申请需提供的证据材料有所不同。

### （三）破产保全

破产保全是指人民法院在受理破产案件后为了保证将来宣告破产后能顺利实施破产清算、公平清偿各个债权人而对债务人的财产采取的限制其处分的强制性措施。

根据有关规定，人民法院受理破产案件后，应当立即通知债务人自收到案件受理通知之日起，停止清偿债务。债务人清偿正常生产经营所必须偿付的债务，在清算组成立前应当经人民法院审查批准。为了有效解决债务人的个别清偿问题，人民法院受理破产案件后，还应及时通知债务人的开户银行停止办理债务人清偿债务的结算业务。开户银行支付维持债务人正常生产经营所必需的费用，需经人民法院许可。债务人的开户银行收到人民法院的通知后，不得利用职务之便扣划债务人的现有存款和汇入款项抵还其所欠银行贷款。人民法院受理破产案件后，应向破产企业全体职工发布公告，要求他们保护好企业财产，不得非法处理企业账册、文书、资料和印章，不得隐匿、私分、无偿转让、非正常压价出售企业财产。

## 第三节 债权人会议与和解、整顿制度

### 一、债权人会议

#### （一）债权人会议的组成

债权人会议是由申报债权的债权人组成，以维护债权人共同利益为目的，在法院监督下讨论决定有关破产事宜，表达债权人意志的破产机构。债权人会议是债权人行使破产参与权的场所，本身不是执行机关，其所做出的各项决议要由破产管理人即清算组等相应机构执行。债权人会议不是民事权利主体，不能以其名义对外进行民事活动。

所有的债权人均可作为债权人会议成员。债权人会议成员享有表决权，当债权人兼有有财产担保和无财产担保债权人双重身份时，在债权人会议上享有表决权，但表决时所代表的债权额仅限于无财产担保的部分。有财产担保的债权人在担保物价款不足以清偿其所担保债权时，就未受清偿的债权额在债权人会议上享有表决权。债务人的保证人，在代替债务人清偿债务后，可以作为债权人，享有表决权。债权人可以委托代理人出席会议并行使表决权。债权人会议主席由人民法院从有表决权的债权人中指定。



债务人的法定代表人必须列席债权人会议，并有义务回答债权人的询问。债务人的上级主管部门可以派人员列席债权人会议。

## （二）债权人会议的召集

债权人会议是依靠召集方式活动的，第一次债权人会议由人民法院召集，应在债权申报期限届满后 15 日内召开，由人民法院主持。以后的债权人会议在人民法院或者会议主席认为必要时召开，也可以在清算组或者占无财产担保债权总额的 1/4 以上的债权人要求时召开，由会议主席主持。

第一次债权人会议一般包括以下内容：① 宣布债权人会议职权和其他有关事项；② 宣布债权人资格审查结果；③ 指定并宣布债权人会议主席；④ 安排债务人法定代表人或者负责人接受债权人询问；⑤ 由清算组通报债务人的生产经营、财产、债务情况并做清算工作报告和提出财产处理方案及分配方案；⑥ 讨论并审查债权的证明材料、债权的财产担保情况及数额、讨论通过和解协议、审阅清算组的清算报告、讨论通过破产财产的处理方案与分配方案等。讨论内容应当记明笔录。债权人对人民法院或者清算组登记的债权提出异议的，人民法院应当及时审查并做出裁定；⑦ 根据讨论情况，依照企业破产法的规定进行表决。以上第⑤至⑦项议程内的工作在本次债权人会议上无法完成的，交由下次债权人会议继续进行。

## （三）债权人会议的职权

债权人会议的职权主要有：

- （1）审查有关债权的证明材料，确认债权有无财产担保及其数额；
- （2）决定是否通过和解协议草案；
- （3）讨论通过破产财产的处理和分配方案。

此外，债权人会议还有监督清算组清算活动、监督和解与整顿程序依法进行等职权。

## （四）债权人会议的决议

债权人会议的职权是以表决通过决议的方式行使的。债权人会议决议，由出席会议的有表决权的债权人过半数以上通过，并且其所代表的债权额，必须占无财产担保债权总额的半数以上，但是通过和解协议草案的决议，必须占无财产担保债权总额的 2/3 以上。需要注意的是，“过半数以上”不包括半数在内，“2/3 以上”包括 2/3 本数在内。

债权人会议的决议，对全体债权人均有法律约束力。但是，有财产担保的债权人享有的优先受偿权，不受决议的约束。债权人认为债权人会议的决议违反法律规定的，可以在债权人会议做出决议后 7 日内提请人民法院裁定。

## 二、和解与整顿制度

### （一）和解整顿的提出

为减少企业破产造成的社会损失，挽救尚有可能自行解决债务清偿的企业，《破产法》专门设置了和解与整顿制度。和解整顿制度具有以下特点：① 在债务人已达破产界限，被债权人申请破产，且案件已为人民法院受理后方可进行；② 并非法院做出破产宣告的必经程序，是否和解完全依债务双方当事人意思而定；③ 和解制度与整顿制度紧密结合，均由立法规定，更有利于保障和解协议执行与企业整顿成功；④ 全民所有制企业的和解整顿申请由其上级主管部门提出并主持进行，债务人企业职工代表参与企业整顿工作。

根据《破产法》规定，企业由债权人申请破产的，在人民法院受理案件后 3 个月内，被申请破产的企业上级主管部门可以申请对该企业进行整顿，整顿期限不得超过 2 年。提出整顿申请，应向人民法院、债权人会议提交整顿方案。整顿方案应当具有以下内容：① 对企业达到破产界限的原因分析；② 调整或组建企业新领导班子的计划；③ 改善经营管理的措施和改造、转产措施的可行性；④ 扭亏增盈的办法；⑤ 整顿的期限和目标等。

整顿申请提出后，债务人企业应当向债权人会议提交和解协议草案。和解协议草案应当具有下列内容：① 清偿债务的财产来源；② 清偿债务的办法；③ 清偿债务的期限等。债务人如果请求减少债务清偿，还应写明请求减少的数额或比例。

### （二）和解协议及其效力

债权人会议收到整顿方案和和解协议草案后，应召集会议讨论审查，视其是否具有通过整顿与和解协议清偿债务的可能，并以表决的方式确定是否通过和解协议草案。债权人会议表决否决和解协议时，应通知人民法院并请求其依法宣告债务人破产。债权人会议表决通过和解协议时，应报人民法院审查认可。人民法院审查后认为协议符合法律规定，应予以认可，做出中止破产程序的裁定，并且发布公告。和解协议自公告之日起生效。

和解协议的法律效力体现在以下几个方面：① 和解协议成立前的债权人只能按照和解协议的规定接受清偿，不得要求或接受和解协议外的利益，无权提起民事执行程序。但和解协议成立后的债权人不受协议约束，可要求单独受偿并提起民事执行程序。② 债务人只能按照和解协议清偿债务，不得给个别债权人以特殊利益，但公平给全体债权人以清偿上的利益者除外。③ 和解协议对债务人的保证人或连带债务人无效，即债权人在协议中对债务人所做的减免债务或延期偿还让步，效力不及于其保证人和连带债务人。④ 和解协议无强制执行的效力，如债务人不履行协议，债权人不能请求强制执行，只能请求人民法院终结整顿，宣告破产。

### （三）整顿的进行与终结

和解协议发生法律效力后，被申请破产的企业进入整顿阶段。企业的整顿由其上级主管部门负责主持。企业整顿方案应当经企业职工代表大会讨论，整顿进行情况应向职工代表大会报告并听取意见。在企业整顿期间，上级主管部门应定期向债权人会议和人民法院报告整顿情况、和解协议执行情况。

为保障债权人的合法权益，维护经济秩序，《破产法》规定，整顿期间，债务人企业有下列情况之一时，应经人民法院裁定，终结企业整顿，宣告其破产：① 不执行和解协议；② 财务状况继续恶化，债权人会议申请终结整顿的；③ 有隐匿、私分或者无偿转让财产、非正常压价出售财产、对原来没有财产担保的债务提供财产担保、对未到期的债务提前清偿、放弃自己的债权等行为之一，严重损害债权人利益的。

经过整顿，被申请破产企业能够按照和解协议清偿债务的，人民法院应当裁定终结对该企业的破产程序并且予以公告。整顿期满，企业不能按照和解协议清偿债务的，人民法院应当宣告该企业破产，并且按法律规定重新申报登记债权。

## 第四节 破产宣告与破产清算

### 一、破产宣告

破产宣告是人民法院依据当事人的申请或法定职权裁定宣告债务人破产以清偿债务的活动。根据《破产法》规定，有下列情形之一的，由人民法院裁定，宣告企业破产：① 企业因经营管理不善造成严重亏损，不能清偿到期债务的；② 整顿期间，依法终结企业整顿的；③ 整顿期满，不能按照和解协议清偿债务的。破产宣告应当公开进行。

人民法院宣告企业破产的裁定自宣告之日起发生法律效力，破产企业自即日起应当停止生产经营活动，但人民法院或者清算组认为确有必要继续生产经营的除外。宣告企业破产后，破产企业由依法成立的清算组接管。破产企业的原法定代表人在向清算组办理移送手续前，负责保管破产企业的财产、账册、文书、资料和印章。

### 二、破产清算

#### （一）破产清算组

破产清算组是指破产宣告后，由人民法院指定或债权人会议选任的，以接管破产企业，对破产财产进行清算、评估和分配的特殊机构。根据《破产法》及最高人民法院有关司法解释的规定，人民法院应当自宣告债务人企业破产之日起 15 日内成立清算组，接管破产企

业。清算组成员由人民法院会同同级政府，从企业上级主管部门、财政、国有资产管理、工商行政管理、计划管理、审计、税收、物价、劳动、人事部门和会计师、审计师、律师等专业人员中，用公函的形式指定。清算组组长由法院指定。一经指定，有关单位或有关人员不得拒绝或擅离职守。

## （二）清算组的职权

清算组对人民法院负责并报告工作，受人民法院和债权人会议监督。清算组的决议一般应经过清算组全体成员过半数通过。清算组的具体职权有以下几项：

- （1）接管破产企业；
- （2）清理破产企业财产；
- （3）回收破产企业财产；
- （4）管理、处分破产企业财产，决定是否履行合同和在清算范围内进行经营活动；
- （5）进行破产企业财产的委托评估、拍卖及其他变现工作；
- （6）依法提出并执行破产企业财产处理和分配方案；
- （7）提交清算报告；
- （8）代表破产企业参加诉讼和仲裁活动；
- （9）办理企业注销登记等破产终结事宜；
- （10）完成人民法院依法指定的其他事项。

## （三）破产财产

破产财产是指破产宣告后至破产程序终结前，破产企业享有的，并能够用于破产分配的全部财产的总和。

### 1. 破产财产的构成

根据《破产法》规定，破产财产由下列财产构成：① 宣告破产时破产企业经营管理的全部财产；② 破产企业在破产宣告后至破产程序终结前所取得的财产；③ 应当由破产企业行使的其他财产权利，如专利权、著作权等；法律另有规定的除外。

### 2. 破产财产范围的确定

破产宣告时，在破产企业内的财产并不等于就是破产财产，在破产企业之外的财产也不一定就不是破产财产。某一项现实财产是否属于破产财产，应依据法律、法规的规定，视具体情况加以认定。在确认破产财产的范围时，应注意以下问题：

（1）债务人与他人共有的物、债权、知识产权等财产或财产权，应当在破产清算中予以分割，债务人分割所得属于破产财产；不能分割的，应当就其应得部分转让，转让所得属于破产财产。

（2）破产企业的开办人注册资本投入不足的，应当由开办人予以补足，补足部分计入破产财产。

（3）企业破产前受让他人财产并依法取得所有权或者土地使用权的，即使未支付或者未完全支付对价，该财产仍属于破产财产。

（4）破产企业的财产被采取民事诉讼执行措施的，在受理破产案件后，尚未执行或者尚未执行完毕的，在该企业被宣告破产后列入破产财产。

（5）破产企业根据法律规定取得代位求偿权的，依该代位求偿权享有的债权计入破产财产。

（6）破产企业在被宣告破产时未到期的债权视为已到期，计入破产财产，但应当减去未到期的利息。

（7）破产企业设立的分支机构和没有法人资格的全资机构的财产，应当一并纳入破产程序进行清理。

（8）债务人在其开办的全资企业中的投资权益应当予以追收。全资企业资不抵债的，清算组停止追收。债务人开办的全资企业以及由其参股、控股的企业不能清偿到期债务，需要进行破产还债的，应当另行提出破产申请。

（9）破产企业对外投资形成的股权及其收益应当予以追收，出售、转让股权所得收入计入破产财产，股权价值为负值的，清算组停止追收。

（10）根据最高人民法院的《破产规定》，破产企业的职工住房，已经签订合同、交付房款、进行房改，卖给职工个人的，不属于破产财产。未进行房改的职工住房，可由清算组向有关部门申请办理房改事项，向职工出售，所得款项属于破产财产。

### 3. 根据《破产法》规定，下列财产不属于破产财产

（1）债务人基于仓储、保管、加工承揽、委托交易、代销、寄存、租赁等法律关系占有、使用的他人财产。

（2）抵押物、留置物、出质物，但权利人放弃优先受偿权的或者优先偿付被担保债权剩余的部分除外。

（3）担保物灭失后产生的保险金、补偿金、赔偿金等代位物。

（4）依照法律规定存在优先权的财产，但权利人放弃优先受偿权或优先偿付特定债权剩余的部分除外。

（5）特定物买卖中尚未转移占有但相对人已完全支付对价的特定物。

（6）尚未办理产权证或者产权过户手续但已向买方交付的财产。

（7）债务人在所有权保留买卖中尚未取得所有权的财产。

（8）所有权专属于国家且不得转让的财产。

（9）破产企业工会所有的财产。

#### （四）破产债权

破产债权是破产宣告前对破产企业依法成立的，在破产宣告后应当通过破产清算程序从破产财产中获得公平清偿的债权。根据《破产法》及最高人民法院司法解释等规定，下列债权属于破产债权：① 破产宣告前发生的无财产担保的债权；② 破产宣告前发生的虽有财产担保但是债权人放弃优先受偿权的债权；③ 破产宣告前发生的虽有财产担保但是债权数额超过担保物价值部分的债权；④ 票据出票人被宣告破产，付款人或者承兑人不知其事实而向持票人付款或者承兑所产生的债权；⑤ 清算组解除合同，对方当事人依法或者依照合同约定产生的对债务人可以用货币计算的债权，违约金不作为破产债权，定金不再适用定金罚则；⑥ 债务人的受托人在债务人破产后，为债务人的利益处理委托事务所发生的债权；⑦ 债务人发行债券形成的债权；⑧ 债务人的保证人代替债务人清偿债务后依法可以向债务人追偿的债权；⑨ 债务人的保证人按照《担保法》的规定预先行使追偿权而申报的债权；⑩ 债务人为保证人的，在破产宣告前已经被生效的法律文书确定承担的保证责任；⑪ 破产企业在破产宣告前因侵权、违约给他人造成损失而产生的赔偿责任；⑫ 债务人退出联营应当对该联营企业的债务承担责任的，联营企业的债权人对该债务人享有的债权；⑬ 人民法院认可的其他债权。

根据《破产法》的有关规定，下列债权不属于破产债权：① 行政、司法机关对破产企业的罚款、罚金以及其他有关费用；② 人民法院受理破产案件后债务人未支付应付款项的滞纳金；③ 破产宣告后的债务利息；④ 债权人参加破产程序所支出的费用（如债权人申报债权的费用、债权人参加债权人会议的差旅费用）；⑤ 破产企业的股权、股票持有人在股权、股票上的权利；⑥ 破产财产分配开始后向清算组申报的债权；⑦ 超过诉讼时效的债权；⑧ 债务人开办单位对债务人未收取的管理费、承包费；⑨ 政府无偿拨付给破产企业的资金。但财政、扶贫、科技管理等行政部门通过签订合同，按有偿使用、定期归还原则发放的款项，可以作为破产债权。

#### （五）取回权、别除权、抵销权、追回权

（1）取回权，就是第三人依法取回混杂在破产企业财产中，本属于自己所有的财产权利，如破产企业借用、租用的属于他人的财产；他人在破产企业放置的财产、委托管理的财产等。

（2）别除权，也称为优先受偿权，是指不依破产程序而能从破产企业中的特定财产上得到优先受偿权的权利。主要是破产宣告前成立的有财产担保的债权，债权人享有就该担保物优先受偿的权利。担保物权是别除权的基础，担保物权优先于债权。

（3）抵销权，破产法上的抵销权，适用破产企业的债权人对破产企业负有债务时，在破产清算前享有抵消债务的权利。对破产宣告后破产债权人对破产企业发生的债务，破产

企业的债务人在破产宣告后取得的他人破产债权等情况，禁止抵消。

（4）追回权（也称撤销权），是指破产企业在破产申请受理后，行使的有损于债权人或其他债权人利益的行为是无效的行为，应当将该无效行为处分的财产追回，归于破产财产的范围。人民法院受理破产案件前6个月至破产宣告之日的期间内，破产企业的下列行为无效：① 隐匿、私分或者无偿转让财产，包括企业上级主管部门无偿划拨财产；② 非正常压价出售财产；③ 对原来没有财产担保的债务提供财产担保；④ 对未到期的债务提前清偿；⑤ 放弃自己的债权。破产企业有上述违法行为，清算组有权向人民法院申请予以撤销，追回财产，此项权利通称为撤销权。追回的财产，并入破产财产。如上述违法行为于破产程序终结之日起1年内被查出，则由人民法院追回财产，依法向债权人清偿。

## （六）破产财产的处置与分配

### 1. 破产财产的处置

破产财产处置前，应当由具有法定资格的资产评估机构进行评估，并以评估价值做底价，通过拍卖等方式依法转让，所得价款用于破产分配。

### 2. 破产财产的分配

破产财产的分配方案，由清算组提出，并提交债权人会议讨论通过，再交人民法院裁定，自人民法院裁定许可之日，破产分配方案生效。破产分配方案生效后，由清算组负责执行。

破产财产在分配前应优先支付破产费用。破产费用是指在破产程序中为债权人共同利益而发生费用。根据《破产法》及其他相关规定，破产费用包括：① 破产财产的管理、变卖和分配所需要的费用，包括清算组聘任工作人员的费用、破产企业留守人员的工资和劳动保险费用，以及清算组的其他必需费用；② 破产案件的诉讼费用；③ 债权人会议费用；④ 催收债务所需费用；⑤ 为债权人的共同利益而在破产程序中支付的其他费用。破产财产不足以支付破产费用的，人民法院应当宣告破产程序终结。

根据《破产法》的规定，破产财产在优先拨付破产费用后，应按下列顺序清偿：

- （1）破产企业所欠职工工资和劳动保险费用；
- （2）破产企业所欠税款；
- （3）破产债权。

当破产财产不足清偿同一顺序的清偿要求的，按同一比例向债权人清偿。



破产清算是本章核心内容，要求必须界定清楚破产债权及破产财产的构成，破产财产的分配顺序不能前后颠倒，只能按上述顺序进行分配。

破产财产清偿顺序见表 5-1。

表 5-1 破产财产清偿顺序表

全部财产的变现价值 (A)	负债总额 (I)
-担保物拍卖价款中支付给债权人的部分 (B) + 通过行使撤销权追回的财产 (C)	-有担保的债权得到清偿的部分 (B)
=破产财产 (D=A-B+C)	-应付工资、劳动保险 (F)
-破产费用 (E)	-应付税款 (G)
-应付工资、劳动保险 (F)	
-应付税款 (G)	
=可以向债权人分配的财产 (H=D-E-F-G)	=破产债权 (J=I-B-F-G)

案例 5-1

某国有企业依法被宣告破产，成立清算组对破产企业相关财产及债务清理结果如下：

(1) 企业全部财产价值共 7 800 万元，其中：房产变价 2 000 万元；土地使用权转让所得 3 000 万元；生产设备价值 1 400 万元；运输设备变价 900 万元；其他财产变价 500 万元。

(2) 债权人申报的债权共 10 100 万元，其中：欠 A 公司货款 1 500 万元，以房产做抵押；欠银行贷款 5 000 万元，以土地使用权抵押；欠某个人独资企业货款 600 万元；欠某中外合资经营企业货款 1 000 万元；欠职工工资 960 万元；欠税款 1 040 万元。

(3) 清理过程中，尚有以下问题：对 A 公司债权的抵押担保合同为无效合同；企业破产时，清算组规定终结对个人独资企业的合同，给个人独资企业造成直接损失 100 万元，清算组认为个人独资企业不具备独立法人资格，故不存在赔偿问题；清算组提出由于某中外合资企业的注册资本低于人民币 1 000 万元，不符合《公司法》对有限责任公司法定资本最低限额的要求，故该合营企业的地位不合法，破产企业欠该合营企业的债务可以不考虑；发生破产清算费用 50 万元，能否从破产财产中拨付？

案例分析

(1) 对个人独资企业造成的损失应予赔偿。虽然个人独资企业不具有独立法人地位，但可以以企业的名义进行经营活动，属于合法的经济主体，其经济权利应依法受到保护。应将该部分损失作为个人独资企业的合法债权，依法作为破产债权清偿。

(2) 合资经营企业的注册资本符合公司规定，合营企业的组织形式是有限责任公司，有限责任公司的注册资本最低限额为人民币 3 万元。



（3）优先受偿金额为3 000万元，其中，对A公司担保无效，应依法撤销，因此A公司不能就担保物优先受偿；银行虽然可以就抵押物优先受偿，但抵押物价值小于债权，故优先受偿最高限额为抵押物价值。

（4）破产财产为4 800（7 800-3 000）万元。

（5）破产债权金额5 200（1 500+5 000-3 000+600+100+1 000）万元。

（6）破产财产分配顺序为：优先拨付破产费用50万元；支付所欠职工工资960万元；支付所欠税款1 040万元；清算破产债权2 750（4 800-50-960-1 040）万元。最后用于清偿破产债权的破产财产为2 750万元，而破产债权为5 200万元，每个债权人的债权只能按52.9%（2 750/5 200）的比例进行清偿。

## 第五节 破产救济与破产责任

### 一、破产终结

破产财产分配完毕后，由清算组提请人民法院终结破产程序。人民法院应在接到申请后7日内做出裁定，终结破产程序。破产程序终结后，清算组应向破产企业原登记机关办理破产企业注销登记，并将办理情况及时通告人民法院。破产企业注销登记后人民法院应宣告清算组解散。有关破产案件的全部文件材料，移交人民法院存档保存。破产程序终结后，债权人通过破产分配未能得到清偿的债权不再予以清偿，破产企业未清偿余债的责任依法免除，但破产程序终结后，又发现破产财产的情况除外。

在破产程序中，人民法院做出的裁定，除驳回破产申请的裁定外，一律不得上诉。当事人对裁定有异议的，可向原人民法院申请复议，但复议期间不停止裁定的执行。

### 二、破产救济

破产救济是政府对破产企业失业职工进行生活物质帮助，并安排其重新就业的社会制度。我国的破产救济制度目前主要包括失业救济与就业安置两方面的内容。破产救济制度是破产法最重要的法律配套措施，制约着破产法的实施，是我国目前推行破产制度必须放在首位妥善解决的难点问题。

根据《关于在若干城市试行国有企业破产有关问题的通知》和《国务院关于在若干城市试行国有企业兼并破产和职工再就业有关问题的补充通知》的规定，试行国有企业破产的试点城市的人民政府应当采取专业培训、介绍就业、生产自救、劳务输出等各种措施，妥善安排破产企业职工重新就业，并保障他们在重新就业前的基本生活需要。国务院规定

安置破产企业职工的费用，从破产企业依法取得的土地使用权转让所得中首先拨付。破产企业以土地使用权为抵押物的，其转让所得也应首先用于安置职工，不足支付的，从处置无抵押财产、抵押财产所得中依次支付。破产企业财产拍卖所得安置职工仍不足的，按照企业隶属关系，由同级人民政府负担。职工安置费一律拨付到再就业服务中心，统筹使用。安置费标准，原则上按照破产企业所在试点城市的企业职工上半年平均工资收入的 3 倍计算。暂未就业的职工，由再就业服务中心发给基本生活费，再就业后即停止拨付。自谋职业的可一次性付给安置费，标准不高于试点城市的企业职工上半年平均工资收入的 3 倍。非试点城市和地区的企业破产必须依法进行，破产企业职工安置费用只能从当地政府补贴、民政救济和社会保障等渠道解决，不得从破产财产中支付。

### 三、破产责任

对造成企业破产以及违反破产法律的行为，要追究相应的法律责任。《破产法》规定，在人民法院受理破产案件前 6 个月至破产宣告的期间内，破产企业有隐匿、私分或者无偿转让财产，非正常压价出售财产，对原来没有财产担保的债务提供财产担保，对未到期的债务提前清偿，放弃自己的债权等违法行为之一的，对破产企业的法定代表人和直接责任人员给予行政处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任。《破产法》规定，破产企业的法定代表人对企业破产负有主要责任的，给予行政处分。破产企业的上级主管部门对企业破产负有主要责任的，对该上级主管部门的领导人给予行政处分。破产企业的法定代表人及其上级主管部门的领导人，因玩忽职守造成企业破产，致使国家财产遭受重大损失的，依照刑法追究玩忽职守罪的责任。国务院在其《补充通知》中还规定，对利用企业破产逃避债务的，一经查实，要依法追究相应责任。对于企业被宣告破产后，企业的组织机构、人员不变，仍在原地继续生产的，要坚决制止并予以纠正。



#### 思考题

1. 如何界定企业的破产界限？
2. 人民法院裁定宣告企业破产的情形有哪些？
3. 试分析破产财产与破产债权的构成。



#### 案例分析题

1. 某国有企业经债权人申请，被法院正式宣告破产，并于 2006 年 4 月 3 日成立清算

小组，对该企业财产债务情况清理如下：

（1）总资产 6 200 万元，其中第 1 号房产 1 000 万元，第 2 号房产 800 万元，机器设备 1 100 万元，运输设备 300 万元，对 B 公司债权 100 万元。

（2）负债共 9 300 万元，其中欠工商银行贷款 700 万元、建设银行贷款 500 万元，均以第 1 号房产做抵押。欠 A 公司货款 1 600 万元，以第 2 号房产做抵押，欠 B 公司货款 600 万元，欠职工工资 400 万元，欠缴税款 850 万元，欠职工集资借款实际本金和按同期银行存款利率计算的利息共 550 万元。

（3）因破产发生破产费用 30 万元，清算组决定终止合同给 C 公司造成损失应予赔偿额 20 万元。

（4）在财产变卖前，D 公司提供有效证明表明破产企业的运输设备是从 D 公司租用的，财产所有权应归 D 公司，同时，清算组收到举报材料，经查实破产企业对欠 A 公司货款的担保合同是法院受理破产案件后补签的。

**要求：**根据以上资料分别计算回答下列问题。

（1）别除权、抵销权、取回权、撤销权金额分别是多少？

（2）扣除破产费用和以上四项权利后，破产财产金额为多少？

（3）破产财产分配的顺序及每一顺序应分配财产数额为多少？

2. 甲国有企业（以下简称“甲企业”）因经营管理不善，长期亏损，已严重不能清偿到期债务。2006 年 1 月 1 日，甲企业向人民法院提出了破产申请，人民法院受理此案后，依照法定程序，于 2006 年 2 月 1 日宣布甲企业破产，并于同年 2 月 10 日成立了清算组。随后，清算组在对甲企业的财产进行清理时，发现以下问题：

（1）2005 年 12 月 1 日，甲企业和 A 企业签订土地使用权转让合同，甲企业于 2005 年 12 月 20 日依法取得土地使用权，但至破产宣告时，甲企业尚未支付土地使用权的转让价款 1 000 万元。

（2）2005 年 10 月 1 日，甲企业因不能清偿 B 银行的到期贷款 100 万元，被 B 银行提起诉讼，受理案件的人民法院于 2005 年 12 月 25 日依法查封了甲企业的办公楼，拟用于偿还 B 银行的贷款本息。至甲企业的破产案件受理之日，该财产尚未执行。

（3）2005 年 12 月 1 日，甲企业和 C 企业签订了汽车买卖合同，甲企业将一辆价值 20 万元的汽车转让给 C 企业。至破产宣告时，甲企业已经将该汽车交付给 C 企业，但该汽车尚未办理产权过户手续。

（4）2005 年 12 月 10 日，甲企业和 E 企业签订了标的 200 万元的买卖合同，双方约定的违约金为 10 万元。因清算组解除合同，给 E 企业造成的实际损失为 5 万元。

（5）2005 年 12 月 20 日，甲企业因侵犯 F 企业的专利权，经人民法院裁定，甲企业赔偿 F 企业 50 万元的经济损失。

(6) G 企业欠甲企业货款 80 万元, 但 G 企业于 2006 年 2 月 5 日受让 H 企业的破产债权 100 万元, G 企业向清算组主张, 行使抵消权后, G 企业的破产债权为 20 万元。

**要求:** 根据破产法律制度规定, 分别回答以下问题。

(1) 根据问题 (1) 所提示的内容, 土地使用权是否属于甲企业的破产财产? 请说明理由。

(2) 根据问题 (2) 所提示的内容, 被查封的办公楼是否属于甲企业的破产财产? 请说明理由。

(3) 根据问题 (3) 所提示的内容, 甲企业转让给 C 企业的汽车是否属于甲企业的破产财产? 请说明理由。

(4) 根据问题 (4) 所提示的内容, E 企业的破产债权是多少? 请说明理由。

(5) 根据问题 (5) 所提示的内容, F 企业的破产债权是多少? 请说明理由。

(6) 根据问题 (6) 所提示的内容, G 企业的主张是否成立? 请说明理由。

3. 2006 年 3 月, 某国有企业被债权人申请破产, 法院受理了此案, 并依法发布公告通知债权人, 之后由依法成立的清算组接管该破产企业, 并查明: 该企业破产时经营管理的财产为 200 万元 (包括一座已抵押出去的办公楼); 其对外投资 100 万元; 破产企业租用他人的设备价值为 100 万元; 其持有的一项专利权经评估后确认价值为 20 万元。共有 4 名债权人向法院申报了债权, 甲的债权额为 100 万元, 其中 50 万元由破产企业的一座办公楼足额抵押担保; 乙为银行, 其贷款债权额为 100 万元, 约定年利率为 8%, 五年后共偿还本息 140 万元, 破产宣告时尚有两年到期; 丙的债权为 200 万元, 同时破产企业对丙债权人也另有 60 万元债权; 丁债权人因清算组解除破产企业未履行的合同而受到实际损失 50 万元。另外, 该企业在破产宣告之前, 拖欠职工工资和劳动保险费用合计为 100 万元, 拖欠税款 50 万元, 本案的破产费用 30 万元。

**要求:** 根据以上资料分别计算回答下列问题。

(1) 上述财产中哪些为破产财产, 总额多少?

(2) 上述各债权人的哪些债权属于破产债权? 数额共计多少?

(3) 结合本案例, 说明破产财产的分配顺序。

# 第三篇 市场运行法篇

## 第六章 合同法律制度

### 本章目的和任务

通过本章的学习要求学生掌握合同订立的形式与方式，合同的主要条款，合同的效力，无效合同与可撤销合同，合同履行的规则与抗辩权的行使，合同担保的概念和主要方式，合同权利义务终止的情形，承担违约责任的主要形式；理解合同的保全措施，合同的变更、转让，效力待定合同；了解合同的概念和分类，合同法的概念及适用范围，并能够运用本章所学的内容解决现实生活中的合同问题。

### 本章要点

- 合同的概念、分类、《合同法》的基本原则
- 合同的订立
- 合同的效力
- 合同的履行
- 合同的担保
- 合同的变更和转让
- 合同的权利义务终止
- 违约责任

## 第一节 合同与合同法概述

### 一、合同的概念和分类

#### （一）合同的概念与特征

《中华人民共和国合同法》所称合同是指平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。合同具有以下法律特征：

- （1）合同是平等主体之间的民事法律关系；

- (2) 合同是多方当事人的法律行为;
- (3) 合同是从法律上明确当事人间特定权利与义务关系的文件;
- (4) 合同是具有相应法律效力的协议。

## (二) 合同的分类

合同可以按照不同的标准进行分类。

(1) 有名合同与无名合同。法律、法规规定了具体名称和调整规范的合同是有名合同;无名合同是指法律、法规尚未规定其名称和相应的调整规范的合同。《中华人民共和国合同法》规定了 15 种有名合同,它们是:① 买卖合同;② 供用电、水、气、热力合同;③ 赠与合同;④ 借款合同;⑤ 租赁合同;⑥ 融资租赁合同;⑦ 承揽合同;⑧ 建设工程合同;⑨ 运输合同;⑩ 技术合同;⑪ 保管合同;⑫ 仓储合同;⑬ 委托合同;⑭ 行纪合同;⑮ 居间合同。

(2) 诺成合同与实践合同。诺成合同是指双方当事人意思表示一致即告成立的合同;除双方当事人意思表示一致外,还须交付标的物才能成立的合同,为实践合同。

(3) 要式合同与不要式合同。法律、法规要求或当事人约定必须具备特定形式和手续才能成立的合同为要式合同,不要式合同是不以特定形式为成立要件的合同。

(4) 双务合同与单务合同。双务合同是当事人双方都享有权利并承担义务的合同;单务合同是指当事人一方只享有权利不承担义务,而另一方只承担义务不享有权利的合同。

(5) 有偿合同与无偿合同。这是按照当事人权利的获得是否支付代价为标准进行的分类。有偿合同是必须偿付代价才能享有权利的合同,如买卖合同;无偿合同是不必偿付代价而享有权利的合同,如赠与合同。

(6) 主合同与从合同。主合同和从合同是相对而言的,不需要依赖其他而能独立存在的合同为主合同,如承揽合同;需要依赖其他合同(主合同)才能成立的合同为从合同,如担保合同。

## 二、合同法概述

合同法是调整平等主体之间商品交换关系的法律规范的总称,它调整合同的订立、效力、履行、变更和解除、终止、违约责任等合同关系。



### 相关链接

1999年3月15日九届全国人大第二次会议通过了《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》),规定自1999年10月1日起施行,原先制定的《经济合同法》、《涉外经济合同法》、《技术合同法》同时废止。

### （一）《合同法》的调整范围

《合同法》调整的是平等主体之间的民事关系。政府的经济管理活动，属于行政管理关系，不是民事关系，不适用《合同法》；企业、单位内部的管理关系，不是平等主体间的关系，也不适用《合同法》。

《合同法》主要调整法人、其他组织之间的经济贸易合同关系，同时还包括自然人之间的买卖、租赁、借贷、赠与等合同关系。这里的其他组织是指不具备法人资格的合伙组织以及分支机构等。

有关婚姻、收养、监护等身份关系的协议，不适用《合同法》的规定，由其他法律调整。

其他法律对合同另有规定的依照其规定，但仍适用《合同法》总则的规定。

对无名合同，也就是《合同法》或者其他法律没有明文规定的合同，适用《合同法》总则的规定，并可以参照《合同法》分则或者其他法律最相类似的规定。

### （二）《合同法》的基本原则

《合同法》的基本原则是合同当事人在合同活动中应当遵守的基本准则，也是人民法院、仲裁机构在审理、仲裁合同纠纷时应当遵循的原则。《合同法》关于合同的订立、效力、履行、违约责任等，以及各个分则的内容，都是根据这些基本原则规定的。

#### 1. 平等原则

《合同法》规定，合同当事人的法律地位平等，一方不得将自己的意志强加给另一方。也就是说，当事人无论具有什么身份，在合同关系中相互之间的法律地位是平等的，都是独立、平等的合同当事人，没有高低、从属之分。

#### 2. 自愿原则

自愿原则是指合同当事人通过协商，自愿决定和调整相互的权利义务关系，任何单位和个人不得非法干预。

自愿原则贯穿合同活动全过程，包括：订不订合同自愿；与谁订合同自愿；合同内容当事人不违法的情况下自愿约定；在合同履行过程中，当事人可以协议补充、协议变更有关内容；双方也可以协议解除合同；在发生争议时，当事人可以自愿选择解决争议的方式等。

当然，自愿也不是绝对的，当事人订立、履行合同，应当遵守法律、行政法规，尊重社会公德，不得扰乱社会经济秩序，损害社会公共利益。

#### 3. 公平、诚实信用原则

公平、诚实信用原则要求当事人在订立、履行合同，以及合同终止后的全过程中，都

要心怀善意，要诚实，讲信用，相互协作，不得滥用权利。具体包括：① 在订立时，应当遵循公平原则确定双方的权利和义务，不得欺诈，不得假借订立合同恶意进行磋商或有其他违背诚实信用的行为；② 在履行合同义务时，当事人应当遵循诚实信用的原则，根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、提供必要的条件、防止损失扩大、保密等义务；③ 合同终止后，当事人也应当遵循诚实信用的原则，根据交易习惯履行通知、协助、保密等义务（称为后契约义务）；④ 根据公平原则确定违约责任。

#### 4. 不得损害社会公共利益原则

合同的订立、履行都必须在法律规定的范围内进行，并不得有损于社会公共利益。合同的订立和履行，属于合同当事人之间的民事权利义务关系，主要涉及当事人的利益，所以，国家一般不干预，由当事人自主约定，采取自愿的原则。但是，合同绝不仅仅是当事人之间的问题，有时可能涉及社会公共利益，涉及维护经济秩序。因此，自愿原则也不是绝对的，必须遵守法律、行政法规，不得损害社会公共利益、扰乱社会经济秩序。

#### 5. 成立的合同对当事人具有法律约束力的原则

当事人依法订立合同后，就应当按照合同的约定履行自己的义务，非依法律规定或者取得对方同意，不得擅自变更或者解除。如果不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定，就要承担违约责任。如果受损害方向法院起诉，法院就要依法维护。

## 第二节 合同的订立

### 一、合同的内容与形式

#### （一）合同订立的概念

合同的订立，是指两个或两个以上的当事人，依法就合同的主要条款经过协商一致，达成协议的法律行为。订立合同的形式，是合同双方当事人之间明确相互权利义务的方式，是双方当事人意思表示一致的外在表现。

合同当事人可以是自然人，也可以是法人或者其他组织。订立合同，当事人必须具备与所订合同相适应的民事权利能力和民事行为能力。当事人也可以依法委托代理人订立合同。因此，在订立合同时，应当注意了解对方是否具有相应的民事权利能力和民事行为能力，是否受委托以及委托代理的事项、权限等。

#### （二）合同的内容

合同的内容是合同中经双方当事人协商一致，规定双方当事人权利义务的具体条款。由于合同的类型和性质不同，合同的条款可能有所不同。根据《合同法》规定，合同的内



容由当事人约定，一般应当包括以下条款：

- （1）当事人的名称或者姓名和住所；
- （2）标的，即合同双方当事人权利义务所共同指向的对象；
- （3）数量；
- （4）质量；
- （5）价款或者报酬；
- （6）履行期限、地点和方式；
- （7）违约责任；
- （8）解决争议的方法。

解决争议的方法指合同当事人对合同的履行发生争议时解决的途径和方式。可以选择的解决争议的方法主要有：当事人协商和解，第三人调节，仲裁，诉讼。如果当事人意图通过诉讼解决争议，可以不进行约定；如果想通过其他途径解决则要经过事先或者事后约定。若当事人选择仲裁解决方式，则还要明确选择具体的仲裁机构。

《合同法》还规定，当事人可以参照各类合同的示范文本订立合同。实践中各类合同的示范文本，可以提示当事人在订立合同时更好地明确各自的权利义务。参照这些文本订立合同，可以减少合同缺少款项、容易引起纠纷的现象，使合同的订立更加规范。另外，有些行业需要进行频繁的、重复性的交易，在多次交易的过程中为了简化合同订立的程序，形成了“格式条款”（又称格式合同）。格式条款是当事人为了重复使用而预先拟订，并在订立合同时未与对方协商的条款。当事人采用格式条款订立合同时，提供格式条款的一方应当遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务，并采取合理的方式提请对方注意免除或者限制其责任的条款，按照对方的要求对该条款予以说明。

### （三）合同订立的形式

合同的形式是指合同当事人达成的协议的表现形式。《合同法》规定，当事人订立合同可以有三种形式：书面形式、口头形式和其他形式。

（1）书面形式。书面形式是指合同书、信件和数据电文（包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件）等可以有形地表现所载内容的形式。书面形式明确肯定，有据可查，对于防止争议和解决纠纷有积极意义。实践中，书面形式是当事人采用最为普遍的一种合同约定形式。

（2）口头形式。口头形式是指当事人双方就合同内容面对面或以通信设备交谈达成协议。口头形式直接、简便、迅速，但发生纠纷时难以取证，不易分清责任。所以对于不即时清算的和较重要的合同不宜采用口头形式。

（3）其他形式。除了书面形式和口头形式，合同还可以其他形式成立。法律没有列举

具体的“其他形式”，但可以根据当事人的行为或者特定情形推定合同的成立。这种形式的合同可以称为默示合同，指当事人未用书面形式签订，而是根据当事人的行为或在特定的情形下推定的合同。

## 二、合同订立的方式

《合同法》第十三条规定：“当事人订立合同，采取要约承诺方式。”

### （一）要约

要约是希望和他人订立合同的意思表示。这是一方当事人向对方提出签订合同的建议和要求。发出要约的当事人称为要约人，要约所指向的对方当事人则称为受要约人。

#### 1. 要约应具备的条件

（1）内容具体确定。包括：第一，要约必须是特定人的意思表示。第二，受要约人一般也是特定的，但在一些场合，要约人也可以向不特定人发出要约。第三，要约的内容必须具有足以决定合同内容的主要条款，包括标的、数量、质量、价款或者报酬、履行期限、地点和方式等，对方一经接受，合同也就成立。如果要约内容含混不清，即使受要约人同意，因权利不清，合同也无法确立。

（2）表明经受要约人承诺，要约人即受该意思表示约束。要约是一种法律行为，要约人受到要约的约束：当要约已送达给受要约人后，在要约的有效期限内，要约人不得擅自撤回要约或变更要约内容。也就是说，对方接受要约，合同即告成立。

#### 2. 要约邀请

要约邀请是希望他人向自己发出要约的意思表示。要约邀请与要约不同，实践中要注意区别。要约是以订立合同为目的的法律行为，一经发出就会产生一定的法律效果；要约邀请的目的则是让他人向自己发出要约，本身不具有法律意义，不受所发邀请的约束。要约内容要明确具体，要约邀请的内容则不受此约束。寄送的价目表、拍卖公告、招标公告、招股说明书等都是要约邀请。商业广告，视其内容确定是要约还是要约邀请。若内容符合要约规定条件的，如悬赏广告，则视为要约，否则就是要约邀请。

#### 3. 要约生效时间

要约到达受要约人时生效。采用数据电文形式订立合同，收件人指定特定系统接收数据电文的，该数据电文进入该系统的时间，视为到达时间；未指定特定系统的，该数据电文进入收件人的任何系统的首次时间，视为到达时间（这一规定也同样适用承诺到达时间）。需要注意的是，要约到达受要约人，并不是指要约一定要实际送达到受要约人或者其代理人手中，要约只要送达到受要约人通常的地址、住所或者能够控制的地方（如信箱等）即

为送达。

#### 4. 要约的撤回、撤销与失效

要约撤回，是指要约人在发出要约后，要约生效前，使要约不发生法律效力的意思表示。由于要约在到达受要约人时即生效，因此撤回要约的通知应当在要约到达受要约人之前或者与要约同时到达受要约人。

要约撤销，是指要约人在要约生效后，使要约丧失法律效力的意思表示。合同法规定，撤销要约的通知应当在受要约人发出承诺通知之前到达受要约人。由于撤销要约可能会给受要约人带来不利的影响，损害受要约人的利益，法律规定了两种不得撤销要约的情形：

① 要约人确定了承诺期限或者以其他形式明示要约不可撤销；② 受要约人有理由认为要约是不可撤销的，并已经为履行合同做了准备工作。除这两种情况外，要约可以撤销。

要约失效，是指要约丧失法律效力，即要约人不再受其约束，受要约人也终止了承诺的权利。合同法规定了要约失效的情形：① 拒绝要约的通知到达要约人；② 要约人依法撤销要约；③ 承诺期限届满，受要约人未做出承诺；④ 受要约人对要约的内容做出实质性变更。

### （二）承诺

承诺是受要约人同意要约的意思表示。承诺生效时合同成立。

承诺应当具备以下条件：第一，必须由受要约人做出。如由代理人做出承诺，则代理人须有合法的委托手续。第二，必须向要约人做出。第三，承诺的内容应当和要约的内容一致。第四，必须在规定的期限内做出。不符合上述条件的，不能认为是承诺。

#### 1. 承诺的方式

承诺方式是指受要约人将其承诺的意思表示传达给要约人所采用的方式。《合同法》规定，承诺应当以通知的方式做出，但根据交易习惯或者要约表明可以通过行为做出承诺的除外。如受要约人根据交易习惯做出履行行为等。

#### 2. 承诺的期限

承诺应当在要约确定的期限内到达要约人。

要约没有确定承诺期限的，承诺应当依照下列规定到达：① 要约以对话方式做出的，应当即时做出承诺，但当事人另有约定的除外；② 要约以非对话方式做出的，承诺应当在合理期限内到达。

承诺期限的计算，若要约是以信件或者电报做出的，承诺期限自信件载明的日期或者电报交发之日开始计算。信件未载明日期的，自投寄该信件的邮戳日期开始计算。要约以电话、传真等快速通信方式做出的，承诺期限自要约到达受要约人时开始计算。

### 3. 承诺的生效

承诺通知到达要约人时生效。承诺不需要通知的,根据交易习惯或者要约的要求做出承诺的行为时生效。采用数据电文形式订立合同的,承诺到达的时间同前面所述要约到达时间一样。

承诺也可以撤回。撤回承诺的通知应当在承诺通知到达要约人之前或者与承诺通知同时到达要约人。

受要约人超过承诺期限发出承诺的,除要约人及时通知受要约人该承诺有效的以外,为新要约。受要约人在承诺期限内发出承诺,按照通常情形能够及时到达要约人,但因其他原因承诺到达要约人时超过承诺期限的,除要约人及时通知受要约人因承诺超过期限不接受该承诺的以外,该承诺有效。

受要约人对要约的内容做出实质性变更的,为新要约。有关合同标的、数量、质量价款或者报酬、履行期限、履行地点和方式、违约责任和解决争议方法等的变更,是对要约内容的实质性变更。承诺对要约的内容做出非实质性变更的,除要约人及时表示反对或者要约表明承诺不得对要约的内容做出任何变更的以外,该承诺有效。合同的内容以承诺的内容为准。

### (三) 合同成立的时间和地点

#### 1. 合同成立的时间

《合同法》针对当事人订立合同的不同形式,规定了确认合同成立的不同时间标准。在一般情况下,承诺生效时合同即告成立。合同成立的具体时间依不同情况而定:① 当事人采用合同书形式订立合同的,自双方当事人签字或者盖章时合同成立;② 当事人采用信件、数据电文等形式订立合同的,可以在合同成立之前要求签订确认书,签订确认书时合同成立;③ 法律、行政法规规定或者当事人约定采用书面形式订立合同,当事人未采用书面形式但一方已经履行主要义务并且对方接受的,该合同成立;④ 采用合同书形式订立合同,在签字或者盖章之前,当事人一方已经履行主要义务并且对方接受的,该合同成立。

#### 2. 合同成立的地点

一般来说,承诺生效的地点为合同成立的地点,具体有以下几种情况:

① 采用数据电文形式订立合同的,收件人的主营业地为合同成立的地点;没有主营业地的,其经常居住地为合同成立的地点;② 当事人采用合同书、确认书形式订立合同的,双方当事人签字或者盖章的地点为合同成立的地点;③ 合同需要完成特殊的约定或法律形式才能成立的,以完成合同的约定形式或法定形式的地点为合同的成立地点;④ 当事人对合同的成立地点另有约定的,按照其约定。

### 三、缔约过失责任

缔约过失责任是指合同当事人在订立合同过程中，因违反法律规定、违背诚实信用原则，致使合同未能成立，并给对方造成损失，而应承担的损害赔偿责任。《合同法》规定：“当事人在订立合同过程中有下列情形之一的，给对方造成损失的，应当承担损害赔偿责任：

- （1）假借订立合同，恶意进行磋商。
- （2）故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或提供虚假情况。
- （3）当事人在订立合同过程中知悉的商业秘密，无论合同是否成立，泄露或不正当地使用的。
- （4）有其他违背诚实信用原则的行为，如违背诚实信用原则终止谈判的行为。

## 第三节 合同的效力

合同的效力是指合同是否有效。有效合同对当事人具有法律约束力，国家法律予以保护，无效合同不具有法律约束力。《合同法》对合同的效力规定了四种情况：① 依法成立的合同是有效合同；② 无效合同；③ 可撤销合同；④ 效力待定合同。

### 一、合同的生效

依法成立的合同，自成立时生效。法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续生效的，依照其规定。

当事人对合同的效力可以约定附条件。附生效条件的合同，自条件成就时生效。如甲乙约定，如果甲能从单位分得住房，甲现在住的房子就租给乙，甲乙之间的房屋出租合同的效力就取决于甲能否从单位分得住房。附解除条件的合同，自条件成就时失效。如甲乙约定，如果甲能买到住房，就解除双方之间的房屋租赁关系。当事人为自己的利益不正当地阻止条件成就的，视为条件已成就；不正当地促成条件成就的，视为条件不成就。

当事人对合同的效力可以约定附期限。附生效期限的合同，自期限届至时生效；附终止期限的合同，自期限届满时失效。

### 二、无效合同

无效合同，是指已经订立，因违反法律、行政法规规定的生效条件而不发生法律效力，国家不予承认和保护的合同。

无效合同根据其无效程度和范围,分为部分无效合同和全部无效合同两种。部分无效合同,是指合同的某些条款虽然违反法律规定,但并不影响其他条款法律效力的合同。合同部分无效,不影响其他部分效力的,其他部分仍然有效。无效合同自始没有法律约束力。

根据《合同法》第五十二条的规定,下列合同无效:

- (1) 一方以欺诈、胁迫的手段订立合同,损害国家利益;
- (2) 恶意串通,损害国家、集体或者第三人利益;
- (3) 以合法形式掩盖非法目的;
- (4) 损害社会公共利益;
- (5) 违反法律、行政法规的强制性规定。

合同无效后,因该合同取得的财产,应当予以返还;不能返还或者没有必要返还的,应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失,双方都有过错的,应当各自承担相应的责任。当事人恶意串通,损害国家、集体或者第三人利益的,因此取得的财产收归国家所有或者返还集体、第三人。

《合同法》第五十三条规定,合同中的下列免责条款无效:① 造成对方人身伤害的;② 因故意或者重大过失造成对方财产损失的。

### 三、可撤销或可变更合同

可撤销或可变更的合同,是指因合同当事人订立合同时意思表示不真实,通过有撤销权的当事人行使撤销权,可使已经生效的合同变更或归于无效的合同。

有撤销权的当事人是指有权请求人民法院或者仲裁机构变更或撤销合同的当事人。《合同法》规定,下列合同,当事人一方有权请求人民法院或者仲裁机构撤销或者变更:

(1) 因重大误解订立的合同。所谓重大误解是指当事人对合同的性质、对方当事人、标的物的种类、质量、数量等涉及合同后果的重要事项存在错误认识,违背其真实意思表示订立合同,并因此可能受到较大损失的行为。但对订立合同后能否得到经济利益、商业风险大小而产生的错误认识,不属于重大误解。

(2) 在订立合同时显失公平的合同。显失公平是指一方当事人利用优势或者对方没有经验,在订立合同时致使双方的权利与义务明显违反公平、等价有偿原则的行为。

(3) 一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危,使对方在违背真实意思的情况下订立的合同。

对于因重大误解订立的合同和在订立时明显有失公平的合同,当事人任一方均有权请求变更或者撤销合同,主要是误解方或受害方行使请求权;对于一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危,使对方在违背真实意思的情况下订立的合同,则只有受损害方当事人才可

以行使请求权。

当事人请求变更合同的，人民法院或者仲裁机构不得撤销。

但撤销权的行使是有时效和限制的。有下列情形之一的，撤销权消灭：① 具有撤销权的当事人自知道或者应当知道撤销事由之日起一年内没有行使撤销权；② 具有撤销权的当事人知道撤销事由后明确表示或者以自己的行为放弃撤销权。

被撤销的合同，同无效合同一样，自始没有法律约束力。对因该合同取得的财产，当事人应承担三种形式的民事责任：① 返还财产。合同被撤销，就意味着双方当事人之间没有任何合同关系存在，那么就应该让双方当事人的财产状况恢复到如同没有订立合同时的状态，取得财产的一方应当将财产返还对方。② 折价补偿。这是在财产不能返还或者没有必要返还的情况下对对方当事人的经济补偿办法。③ 赔偿损失。有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。各自承担相应的责任的含义是，当事人各方按责任主次、轻重，分别承担经济损失中与其责任相应的份额。

#### 四、效力待定合同

对于某些方面不符合合同生效的要件，但并不属于前面所讲的无效合同或可撤销合同，法律允许根据情况予以补救的合同，称之为效力待定合同。

一般来说，一个有效的合同，应当具备三个条件：① 合同当事人具有相应的民事权利能力和民事行为能力，即主体合法；② 意思表示真实；③ 不违反法律或者社会公共利益。三个条件缺一不可，缺少了其中一个或几个条件，就可能导致合同无效或可撤销，但法律允许在几种情况下可以采取补救措施，使之成为有效合同。

第一，限制民事行为能力人订立的合同，经法定代理人追认后，该合同有效。但如果是纯获利益的合同或者是与其年龄、智力、精神健康状况相适应而订立的合同，不必经法定代理人追认，合同当然有效。相对人也可以催告法定代理人在一个月内予以追认。法定代理人未做表示的，视为拒绝追认。合同被追认之前，善意相对人有撤销的权利。撤销应当以通知的方式做出。所谓“善意”，这里是指合同的相对人在签订合同时并不知道或者也不可能知道对方当事人是限制民事行为能力人。

第二，行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立的合同，未经被代理人追认，对被代理人不发生效力，由行为人承担责任。相对人可以催告被代理人在一个月内予以追认。被代理人未做表示的，视为拒绝追认。合同被追认之前，善意相对人有撤销的权利。撤销应当以通知的方式做出。行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立合同，相对人有理由相信行为人有代理权的，该代理行为有效。法人或者其他组织的法定代表人、负责人超过权限订立的合同，除相对人知道或者

应当知道其超越权限的以外，该代表行为有效。

第三，无处分权的人处分他人财产，经权利人追认或者无处分权的人订立合同后取得处分权的，该合同有效。

合同的生效、无效合同、可撤销合同、效力待定合同的比较见表 6-1。

表 6-1 合同的生效、无效合同、可撤销合同、效力待定合同的比较

合同效力 主要区别	合同的生效	无效合同	可撤销合同	效力待定合同
概念	依法成立的合同，自成立之日起生效	不具有法律效力的合同	订立时意思表示不真实，撤销后合同归于无效	不符合生效要件，法律允许补救
法律后果	<ul style="list-style-type: none"><li>在当事人之间产生法律效力</li><li>对当事人以外的第三人产生法律约束力</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>返还财产</li><li>赔偿损失</li><li>收归国家或者返还集体、第三人</li></ul>	被撤销的合同，同无效合同一样，自始至终没有法律约束力	法律允许采取补救措施，使之成为有效合同

第四节 合同的履行

一、合同履行的概念

合同的履行，是指合同生效后，双方当事人按照合同规定的各项条款，完成各自承担的义务和实现各自享受的权利，使双方当事人的合同目的得以实现的行为。当事人应当按照合同约定全面履行自己的义务。

合同的履行是合同法律约束力的首要表现。当事人应当按照约定全面履行自己的义务。合同生效后，当事人不得因姓名、名称的变更，或者法定代表人、负责人、承办人的变动而不履行合同义务。

二、合同履行的规则

（一）当事人就有关合同内容约定不明确时的确定规则

合同生效后，当事人就质量、价款或者报酬、履行地点等内容没有约定或者约定不明确的，可以协议补充；不能达成补充协议的，按照合同有关条款或者交易习惯确定。仍不能确定的，适用下列规定：



（1）质量要求不明确的，按照国家标准、行业标准履行；没有国家标准、行业标准的，按照通常标准或者符合合同目的的特定标准履行。

（2）价款或者报酬不明确的，按照订立合同时履行地的市场价格履行；依法应当执行政府定价或者政府指导价的，按照规定履行。

（3）履行地点不明确，给付货币的，在接受货币一方所在地履行；交付不动产的，在不动产所在地履行；其他标的，在履行义务一方所在地履行。

（4）履行期限不明确的，债务人可以随时履行，债权人也可以随时要求履行，但应当给对方必要的准备时间。

（5）履行方式不明确的，按照有利于实现合同目的的方式履行。

（6）履行费用的负担不明确的，由履行义务一方负担。

## （二）执行政府定价或者政府指导价的合同的价格履行规则

执行政府定价或者政府指导价的，在合同约定的交付期限内政府价格调整时，按照交付时的价格计价。逾期交付标的物的，遇价格上涨时，按照原价格执行；价格下降时，按照新价格执行。逾期提取标的物或者逾期付款的，遇价格上涨时，按照新价格执行；价格下降时，按照原价格执行。

## 三、合同履行的抗辩权

合同分为双务合同和单务合同。一般来讲，绝大部分合同都是双务合同，也就是说合同各方当事人既享有权利，也负有义务。抗辩权就是指在双务合同中，一方当事人有依法对抗对方要求或否认对方权利主张的权利。合同法规定了同时履行抗辩权、后履行抗辩权 and 不安（先履行）抗辩权三种。

### （一）同时履行抗辩权

同时履行抗辩权，是指当事人互负债务，没有先后履行顺序的，应当同时履行。一方在对方履行之前有权拒绝其履行要求；一方在对方履行债务不符合约定时，有权拒绝其相应的履行要求。

同时履行抗辩权的行使，须具备以下条件：

（1）基于同一双务合同。双方当事人因同一合同互负债务，在履行上存在关联性，形成对价关系。这是同时履行抗辩权成立的前提条件。单务合同因只有一方有履行义务，无法发生抗辩权。

（2）根据合同约定或合同性质要求当事人同时履行合同义务。同时履行，是指合同订立后，在合同期限内，双方当事人不分先后地履行各自的义务。

(3) 双方债务已届清偿期。当事人行使抗辩权必须双方债务都已到清偿期，否则不能抗辩。

(4) 一方当事人有证据证明应同时履行义务的对方当事人未履行或未适当履行合同。

同时履行抗辩权只是暂时阻止对方当事人请求权的行使，非永久的抗辩权。当对方当事人履行了合同义务，同时履行抗辩权即消灭，主张抗辩权的当事人就应当履行自己的义务。

### 案例 6-1

某服装厂（甲）与某工厂（乙）签订定做 2 000 套工作服的合同。双方约定在 2006 年 5 月 10 日钱货两清。在 2006 年 5 月 9 日甲通知乙工作服只加工完成一半，另一半缺乏资金购买材料，要求乙先付 2 000 套工作服的款项，甲先交付已加工完的工作服，另一半工作服到 6 月 10 日交货。这时，乙厂根据同时履行抗辩权制度，可以拒绝甲的请求。

#### （二）后履行抗辩权

后履行抗辩权是指，合同当事人互负债务，有先后履行顺序，先履行一方未履行的，后履行一方有权拒绝其履行要求。先履行一方履行债务不符合约定的，后履行一方有权拒绝其相应的履行要求。

后履行抗辩权的行使须有四个条件：

- (1) 基于同一双务合同。
- (2) 该合同由一方当事人先履行。
- (3) 应当先履行的当事人不履行合同或不适当履行合同。
- (4) 后履行抗辩权的行使人是履行义务顺序在后的一方当事人。

后履行抗辩权不是永久的，它的行使只是暂时阻止对方当事人请求权的行使，非永久的抗辩权。先履行一方的当事人如果完全履行了合同义务，则后履行抗辩权消灭，主张后履行抗辩权的当事人就应当履行自己的义务。

### 案例 6-2

承案例 6-1，若双方约定在 5 月 10 日甲先交付服装，乙验收合格后付款。结果甲在 5 月 10 日交货，乙验货后发现甲交付的工作服质量、样式与合同规定不符，乙厂根据后履行抗辩权制度，有权拒绝付款。

#### （三）不安抗辩权

不安抗辩权，又称先履行抗辩权，是指双务合同成立后，应当先履行债务的当事人，有确切证据证明对方不能履行债务或者有不能履行债务的可能时，在对方没有履行或者没有提供担保之前，有权中止履行合同义务。

不安抗辩权行使的条件也需基于双务合同，但它是由应先履行债务的一方当事人行使。规定不安抗辩权是为了切实保护当事人的合法权益，防止借款合同进行欺诈，促使对方履行合同义务。但是对不安抗辩权要严格加以限制，必须依法行使，不能滥用。《合同法》规定，应当先履行债务的当事人，有确切证据证明对方有下列情形之一的，可以中止履行：

- （1）经营状况严重恶化；
- （2）转移财产、抽逃资金，以逃避债务；
- （3）丧失商业信誉；
- （4）有丧失或者可能丧失履行债务能力的其他情形。

当事人没有确切证据中止履行的，应当承担违约责任。行使不安抗辩权要及时通知对方。对方提供适当担保时，应当恢复履行。中止履行后，对方在合理期限内未恢复履行能力并且未提供适当担保的，中止履行的一方可以解除合同。

### 案例 6-3

某画家张某与顾客李某约定，由张某为李某画像，李某应先预付酬金 5 000 元。合同生效后，张某患重病卧床不起，极有可能无法再为李某画像。鉴于此种情形，李某行使不安抗辩权，通知对方中止履行先行支付酬金的义务。张某接到通知后，向李某提出，如果自己在 30 日内病情好转开始作画，李某仍应先行支付酬金。30 日后，张某仍未好转。于是李某主张解除合同。

## 四、保全措施

为防止因债务人的财产不当减少而给债权人的债权带来危害，法律允许债权人为保全其债权的实现而采取的法律措施，称做合同的保全措施。保全措施包括代位权和撤销权两种。

### （一）代位权

代位权是指因债务人怠于行使其到期债权，对债权人造成损害，债权人可以向人民法院请求以自己的名义代位行使债务人的债权。

### 案例 6-4

甲与乙订有货物买卖合同，甲交付了货物，乙应当履行向甲支付货款的义务。另外，丙向乙借有一笔款项，丙应向乙偿还本金和利息。如果丙不还乙的借款，就可能影响乙向甲支付货款（也就是所谓三角债）。在这种情况下，乙应当积极向丙追索到期借款，以便向甲支付货款。如果乙怠于行使其向丙追索到期债权，就会对甲造成损害。在这种情况下甲可以请求人民法院准许甲以自己的名义向丙行使债权。

代位权的行使须有四个条件：

- (1) 债务人与债权人的合同关系已到期，债务人已陷于迟延履行；
- (2) 债务人对第三人享有到期债权，并且是非专属于债务人自身的权利；
- (3) 债务人怠于行使其债权；
- (4) 因债务人怠于行使自己的债权，损害到对债权人履行债务。

代位权的行使范围以债权人的债权为限。债权人行使代位权的必要费用，由债务人负担。

## （二）撤销权

撤销权是指因债务人放弃其到期债权或者无偿转让财产，对债权人造成损害的；或者债务人以明显不合理的低价转让财产，对债权人造成损害，并且受让人知道该情形的，债权人可以请求人民法院撤销债务人的行为。

引起撤销权发生的要件是债务人有损害债权人债权的行为发生，包括放弃到期债权、无偿转让财产，或者以明显不合理的低价转让财产。无偿行为不论第三人善意、恶意取得，均可撤销；有偿转让行为，以第三人的恶意取得为要件，若第三人主观上无恶意，则不能撤销其善意取得的行为。

撤销权自债权人知道或者应当知道撤销事由之日起一年内行使。自债务人的行为发生之日起 5 年内没有行使撤销权的，该撤销权消灭。

## 第五节 合同的担保

### 一、担保的概念

合同的担保，是指为保障合同债权的实现，由当事人双方依照法律规定，经过协商一致而设立的法律措施。设定担保的根本目的，是保证合同的切实履行，既保障合同债权人实现其债权，也促使合同债权人履行其债务。



#### 相关链接

1995 年 6 月 30 日第八届全国人民代表大会常务委员会第十四次会议通过了《中华人民共和国担保法》（以下简称《担保法》），规定在借贷、买卖、货物运输、加工承揽等经济活动中，债权人需要以担保方式保障其债权实现的，可以设定保证、抵押、质押、留置和定金 5 种方式的担保。

## 二、担保的主要方式

### （一）保证

#### 1. 保证和保证人

保证是指第三人为债务人的债务履行做担保，由保证人和债权人约定，当债务人不履行债务时，保证人按照约定履行债务或者承担责任的行为。

按照《担保法》的规定，具有代为清偿债务能力的法人、其他组织或者公民，可以做保证人。国家机关、学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位、社会团体，企业法人的分支机构、职能部门，不得做担保人。但是，在经国务院批准为使用外国政府或者国际经济组织贷款进行转贷的情况下，国家机关可以做保证人；企业法人的分支机构有法人书面授权的，可以在授权范围内提供保证。

#### 2. 保证内容和保证方式

保证的内容，应当由保证人与债权人在以书面形式订立的保证合同中加以确定，具体包括被保证的主债权（即主合同债权，下同）种类与数额、债务人履行债务的期限、保证的方式、保证担保的范围、保证的期限，以及双方认为需要约定的其他事项。保证合同不完全具备以上规定内容的，可以补正。

保证的方式，分为一般保证和连带责任保证两种。当事人在保证合同中约定，债务人不能履行债务时，由保证人承担担保保证责任的，为一般保证。一般保证的保证人在主合同纠纷未经审判或者仲裁，并就债务人财产依法强制执行仍不能履行债务前，对债权人可以拒绝承担保证责任。当事人在保证合同中约定保证人与债务人对债务承担连带责任的，为连带责任保证。连带责任保证的债务人在主合同规定的债务履行期届满没有履行债务的，债权人可以要求债务人履行债务，也可以要求保证人在其保证范围内承担保证责任。当事人对保证方式没有约定或者约定不明确的，按照连带责任保证承担保证责任。

#### 3. 保证责任

保证人在约定的保证担保范围内承担保证责任。保证担保的范围包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金和实现债权的费用。保证合同另有约定的，按照约定。当事人对保证担保的范围没有约定或者约定不明确的，保证人应当对全部债务承担责任。同一债务有两个以上保证人的，保证人应当按照保证合同约定的保证份额，承担保证责任。没有约定保证份额的，保证人承担连带责任，债权人可以要求任何一个保证人承担全部保证责任，保证人都负有担保全部债权实现的义务。已经承担保证责任的保证人，有权向债务人追偿，或者要求承担连带责任的其他保证人清偿其应当承担的份额。同一债权既有保证又有物的担保的，保证人对物的担保以外的债权承担连带保证责任。债权人放弃物的担保的，保证

人在债权人放弃权利的范围內免除保证责任。

保证人在与债权人约定的保证期间或者法律规定的保证期间內承担保证责任。保证期间，债权人依法将主债权转让给第三人的，保证人在原保证担保的范围內继续承担保证责任。保证合同另有约定的，按照约定。保证期间，债权人许可债务人转让债务的，应当取得保证人书面同意，未经保证人书面同意的，保证人不再承担保证责任。保证合同另有约定的，按照约定。保证人与债权人未约定保证期间的，保证期间为主债务履行期届满之日起六个月。在合同约定的保证期间或者法律规定的保证期间，债权人未对债务人提起诉讼或者申请仲裁的，或者债权人未要求保证人承担保证责任的，保证人免除保证责任。

由于主合同当事人双方串通，骗取保证人提供保证的，或者主合同债权人采取欺诈、胁迫等手段，使保证人在违背真实意思的情况下提供保证的，保证人不承担民事责任。

保证人承担保证责任后，有权向债务人追偿。

## （二）抵押

### 1. 抵押和抵押物

抵押是指债务人或者第三人不转移对其确定的财产的占有，将该财产作为债权的担保。当债务人不履行债务时，债权人有权依照法律规定，以该财产折价或者以拍卖、变卖该财产的价款优先受偿。该债务人或者第三人为抵押人，债权人为抵押权人，提供担保的财产为抵押物。

抵押人只能以法律规定可以抵押的财产提供担保；法律规定不可以抵押的财产，抵押人不得用于提供担保。根据《担保法》的规定，下列财产可以抵押：① 抵押人所有的房屋和其他地上定着物；② 抵押人所有的机器、交通运输工具和其他财产；③ 抵押人依法有权处分的国有土地使用权、房屋和其他地上定着物；④ 抵押人依法有权处分的国有机器、交通运输工具和其他财产；⑤ 抵押人依法承包并经发包方同意抵押的荒山、荒沟、荒丘、荒滩等荒地的土地使用权；⑥ 依法可以抵押的其他财产。

但是，下列财产不得抵押：① 土地所有权；② 耕地、宅基地、自留地、自留山等集体所有的土地使用权（但法律另有规定的除外）；③ 学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位、社会团体的教育设施、医疗卫生设施和其他社会公益设施；④ 所有权、使用权不明或者有争议的财产；⑤ 依法被查封、扣押、监管的财产；⑥ 依法不得抵押的其他财产。此外，乡（镇）、村企业的土地使用权不得单独抵押。以乡（镇）、村企业的厂房等建筑物抵押的，其占用范围内的土地使用权同时抵押。同样，以依法取得的国有土地上的房屋抵押的，该房屋占用范围内的国有土地使用权同时抵押。以出让方式取得的国有土地使用权抵押的，应当将抵押时该国有土地上的房屋同时抵押。

抵押人所担保的债权不得超出其抵押物的价值。财产抵押后，该财产的价值大于所担保债权的余额部分，可以再次抵押，但不得超出其余额部分。

## 2. 抵押合同和抵押物登记

抵押人和抵押权人应当以书面形式订立抵押合同。抵押合同包括以下内容：被担保的主债权种类、数额，债务人履行债务的期限，抵押物的名称、数量、质量、状况、所在地、所有权权属或者使用权权属，抵押担保的范围，以及当事人认为需要约定的其他事项。抵押合同不完全具备以上规定内容的可以补正。

当事人以法律规定的需要办理抵押物登记的财产做抵押的，应当向有关部门办理抵押物登记，抵押合同自登记之日起生效。以其他财产抵押的，可以自愿办理抵押物登记，抵押合同自签订之日起生效。

## 3. 抵押的范围和效力

抵押担保的范围包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金和实现抵押权的费用。抵押合同另有约定的，按照约定。

抵押期间，抵押人转让已办理登记的抵押物的，应当通知抵押权人并告知受让人转让物已经抵押的情况；抵押人未通知抵押权人或者未告知受让人的，转让行为无效。转让抵押物的价款明显低于其价值的，抵押权人可以要求抵押人提出相应的担保；抵押人不提供的，不得转让抵押物。

抵押权不得与债权分离而单独转让或者作为其他债权的担保。抵押权与其担保的债权同时存在，债权消灭的，抵押权也消灭。

## 4. 抵押权的实现

债务履行期届满，债务人未履行债务即抵押权人未受清偿的，抵押权人可以与抵押人协议以抵押物折价或者以拍卖、变卖该抵押物所得的价款受偿；协议不成的，抵押权人可以向人民法院提起诉讼。抵押物折价或者拍卖、变卖后，其价款超过债权数额的部分归抵押人所有，不足部分由债务人清偿。

同一财产向两个以上债权人抵押的，拍卖、变卖抵押物所得的价款按照以下规定清偿：① 抵押合同登记生效的，按照抵押物登记的先后顺序清偿；顺序相同的，按照债权比例清偿。② 抵押合同自签订之日起生效的，该抵押物已登记的，按照①中规定清偿。未登记的，按照合同生效时间的先后顺序清偿；顺序相同的，按照债权比例清偿。抵押物已登记的先于未登记的受偿。

为债务人抵押担保的第三人，在抵押权人实现抵押权后，有权向债务人追偿。

抵押权因抵押物灭失而消灭。因灭失所得的赔偿金，应当作为抵押财产。

### （三）质押

#### 1. 质押的概念

质押包括动产质押和权利质押。动产质押是指债务人或者第三人将其动产移交债权人占有，将该动产作为债权的担保。当债务人不履行债务时，债权人有权依照法律规定，以该动产折价或者以拍卖、变卖该动产的价款优先受偿。该债务人或者第三人为出质人，债权人为质权人，移交的动产为质物。权利质押是指以汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单，依法可以转让的股份、股票，依法可以转让的商标专用权、专利权、著作权中的财产权，依法可以质押的其他权利等作为质权标的的担保。

#### 2. 质押合同的内容

出质人和质权人应当以书面形式订立质押合同。质押合同包括以下内容：被担保的主债权种类、数额，债务人履行的期限，质物的名称、数量、质量、状况，质押担保的范围，质物移交的时间，以及当事人认为需要约定的其他事项。质押合同不完全具备以上规定内容的，可以补正。质押合同自质物移交于质权人占有时生效。以汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单出质的，质押合同自权利凭证交付之日起生效。以依法可以转让的股票、商标专用权、专利权、著作权中的财产权出质的，应当向有关部门办理出质登记，质押合同自登记之日起生效。以有限责任公司的股份出质的，适用公司法股份转让的有关规定。质押合同自股份出质记载于股东名册之日起生效。

#### 3. 质押的范围和效力

质押担保的范围包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金、质物保管费用和实现质权的费用。质押合同另有约定的，按照约定。

债务履行期届满，债务人履行债务的，或者出质人提前清偿所担保的债权的，质权人应当返还质物。债务履行期届满质权人未受清偿的，可以与出质人协议以质物折价，也可以依法拍卖、变卖质物。质物折价或者拍卖、变卖后，其价款超过债权数额的部分归出质人所有，不足部分由债务人清偿。为债务人质押担保的第三人，在质权人实现质权后，有权向债务人追偿。

质权因质物灭失而消灭。因灭失所得的赔偿金，应当作为出质财产。

质权与其担保的债权同时存在，债权消灭了，质权也就消灭了。

### （四）留置

留置是指依照《担保法》和其他法律的规定，债权人按照合同约定占有债务人的动产，债务人不按照合同约定的期限履行债务的，债权人有权依照法律规定留置该财产，以该财产折价或者以拍卖、变卖该财产的价款优先受偿。



因保管合同、运输合同、承揽合同及法律规定可以留置的其他合同发生的债权，债务人不履行债务的，债权人有权留置。留置担保的范围包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金、留置物保管费用和实现留置权的费用。

债权人与债务人应当在合同中约定，债权人留置财产后，债务人应当在不少于两个月的期限内履行债务。债权人与债务人在合同中未约定的，债权人留置债务人财产后，应当确定两个月以上的期限，通知债务人在该期限内履行债务。债务人逾期仍不履行的，债权人可以与债务人协议以留置物折价，也可以依法拍卖、变卖留置物。留置物折价或者拍卖、变卖后，其价款超过债权数额的部分归债务人所有，不足部分由债务人清偿。

留置权因债权消灭，或者债务人另行提供担保并被债权人接受而消灭。

（五）定金

定金是指合同当事人约定一方向对方给付一定数额的货币作为债权的担保。债务人履行债务后，定金抵做价款或者收回。给付定金的一方不履行约定的债务的，无权要求返还定金；收受定金的一方不履行约定的债务的，应当双倍返还定金。

定金应当以书面形式约定。当事人在定金合同中应当约定交付定金的期限。定金合同从实际交付定金之日起生效。定金的数额由当事人约定，但不得超过主合同标的额的 20%。

合同五种担保方式的比较见表 6-2。

表 6-2 合同五种担保方式的比较

	保证	抵押	质押	留置	定金
概念	略	略	略	略	略
主要特征	<ul style="list-style-type: none"><li>• 有书面约定</li><li>• 人的担保</li><li>• 单向担保</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>• 有书面约定</li><li>• 物的担保</li><li>• 单向担保</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>• 有书面约定</li><li>• 物的担保</li><li>• 单向担保</li><li>• 实践性担保</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>• 法定担保</li><li>• 实践性担保</li><li>• 单向担保</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>• 有书面约定</li><li>• 实践性担保</li><li>• 双向担保</li></ul>
方式（种类）	方式： <ul style="list-style-type: none"><li>• 一般担保</li><li>• 连带责任担保</li></ul>		种类： <ul style="list-style-type: none"><li>• 动产质押</li><li>• 权利质押</li></ul>		
当事人称谓	<ul style="list-style-type: none"><li>• 保证人</li><li>• 被保证人（债务人）</li><li>• 债权人</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>• 抵押人（债务人或第三人）</li><li>• 抵押权人（债权人）</li><li>• 债务人</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>• 质权人（债权人）</li><li>• 出质人（债务人或第三人）</li><li>• 债务人</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>• 留置权人（债权人）</li><li>• 债务人</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>• 给付定金一方</li><li>• 接受定金一方</li></ul>

续表

	保证	抵押	质押	留置	定金
担保范围	4 个（主债权及利息、违约金、损害赔偿金）和实现债权的费用	4 个（同保证）和实现抵押权的费用	4 个（同保证）和质物保管费用和实现质权的费用	4 个（同保证）和留置物保管费用和实现留置权的费用	
担保作用	保证人按约定履行债务或承担责任	以抵押物折价、拍卖、变卖价款优先受偿	同抵押	同抵押	给付定金的一方不履行约定的债务的，无权要求返还定金；收受定金的一方不履行约定债务的，应当双倍返还定金
合同成立时间	保证人与债权人依法签订保证合同	两种情况： <ul style="list-style-type: none"><li>• 自抵押合同登记成立</li><li>• 自抵押合同签订成立</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>• 动产质押合同自质物移交质权人占有时生效</li><li>• 权利质押有两种情况：权利凭证交付之日起生效，办理登记</li></ul>		自实际交付定金之日起生效
其他重要规定	保证人资格： <ul style="list-style-type: none"><li>• 可作为保证人的</li><li>• 不可作为保证人的</li></ul>	抵押物： <ul style="list-style-type: none"><li>• 可作为抵押物的（6 种）</li><li>• 不可作为抵押物的（6 种）</li></ul>	权利质押：4 类权利许可质押	留置的适用范围：4 种合同	定金的数额不得超过主合同标的额的 20%

## 第六节 合同的变更与转让

### 一、合同的变更

依法订立的合同，即具有法律约束力，受法律保护，当事人必须全面履行合同规定的义务，任何一方都不得擅自变更或者解除合同。但是，在合同的履行过程中，由于主客观情况的变化，使原合同的履行已经不可能或者不必要时，为了减少不必要的损失，合同当事人可以依法变更合同。

合同的变更，是指合同没有履行或者没有完全履行时，当事人双方根据客观情况的变化，依照法律规定的条件和程序，对原合同进行修改或者补充。合同的变更是在合同的主体不改变的前提下对合同内容或标的的变更，合同性质和标的性质并不改变。例如，有关标的物数量的增减、质量标准的修改、履行地点的变动、标的物包装要求的改变等，都属于合同的变更。《合同法》第七十七条规定，当事人协商一致，可以变更合同。法律、行政法规规定变更合同应当办理批准、登记等手续的，依照其规定。合同依法变更后，当事人按照变更后的合同享受权利和承担义务。当事人对合同变更的内容约定不明确的，推定为未变更。

### 二、合同的转让

合同的转让，是指合同当事人一方将其合同的权利和义务全部或部分转让给第三人。合同的转让，一般由当事人自主决定，但法律、行政法规规定转让权利或者转移义务应当办理批准登记等手续的，依照其规定。合同的转让可分为债权让与、债务承担和合同承受三种形式。

#### （一）债权让与

债权让与，也就是合同权利转让，是指不改变合同的内容，由债权人将合同权利的全部或部分转让给第三人。这里转让债权的人称为让与人，受让债权的第三人称为受让人。合同权利全部转让的，受让人取代原债权人的地位，成为新的债权人，原债权人脱离合同关系。合同权利部分转让的，受让人作为第三人加入到合同关系中，与原债权人共同享有债权。债权人转让主权利时，附属于权利的从权利也一并转让。受让人在取得债权时，也取得与债权有关的从权利，但该从权利专属于债权人自身的除外。

除下列三种情形外，债权人均可自主决定让与债权：① 根据合同性质不得转让；② 根据当事人约定不得转让；③ 依照法律规定不得转让。债权人转让权利，不需要经债务人同

意，但应当通知债务人。未经通知，该转让对债务人不发生效力。债务人接到债权转让通知后，债权让与行为就生效。债务人对让与人的抗辩，可以向受让人主张。债权人转让权利的通知不得撤销，但经受让人同意的除外。

### 案例 6-5

甲公司欠乙公司 10 万元，乙公司欠丙公司 10 万元，乙公司与丙公司达成协议，把自己对甲公司的债权让与丙公司，于是乙公司通知甲公司把 10 万元钱直接还给丙公司。

#### （二）债务承担

债务承担，也就是合同义务的转移，是指经债权人同意，债务人将合同的义务全部或者部分转移给第三人。

正如债权人可以全部或者部分转让权利一样，债务人也可以将合同的义务全部或者部分转移给第三人。转移合同义务也是法律赋予债务人的一项权利，但是，债权人和债务人的合同关系是建立在相互了解的基础上的，在订立合同时，债权人一般要对债务人的资信情况和偿还能力进行调查了解，而对于取代债务人或者加入到债务人中的第三人的资信情况及履行债务的能力，债权人不可能完全清楚。这样，如果债务人不经债权人的同意就将债务转让给了第三人，对于债权人显然是不公平的，不利于保障债权人合法利益的实现。所以《合同法》规定，债务人将合同的义务全部或者部分转移给第三人的，应当经债权人同意。

债务人转移义务，新的债务人取得了合同债务人的地位，承担履行合同义务的责任，享有债务人所应享有的抗辩权，可以主张原债务人对债权人的抗辩。同时，与所转移的主债务有关的从债务，也应当由新债务人承担，但该从债务专属于原债务人自身的除外。

#### （三）合同承受

合同承受，也就是合同权利义务的一并转让，是指当事人一方，将自己在合同中的权利和义务一并转让给第三人。但是，根据合同性质、按照当事人约定或依照法律规定不得转让的除外。权利、义务转移，从权利、从义务也随之转移，但专属于原债权人、债务人自身的除外。

对于当事人订立合同后发生合并、分立的情况，法律规定，当事人订立合同后合并的，由合并的法人或者其他组织行使合同权利，履行合同义务。当事人订立合同后分立的，除债权人和债务人另有约定的以外，由分立的法人或者其他组织对合同的权利和义务享有连带债权，承担连带债务。

## 第七节 合同的权利义务终止

### 一、合同的权利义务终止的概念

合同的权利义务终止是指合同当事人双方终止合同关系，合同确立的权利、义务关系随之消灭。

### 二、合同的权利义务终止的具体情形

根据法律规定，合同的权利义务终止，可分为下列几种情形。

#### （一）债务已经按照约定履行

当事人双方为着一定的目的，订立了合同，合同生效后，当事人即应当按照约定履行自己的义务。如果债务人完全履行了自己的义务，债权人实现了自己的全部权利，订立合同的目的已经实现，合同确立的权利义务关系自然就消灭了，合同因此终止。

#### （二）合同解除

合同解除是指合同依法成立后，当具备法律规定的合同解除条件时，因当事人一方或双方的意思表示而使合同关系归于消灭的行为。

合同解除有两种情况：一是协议解除，一是法定解除。

协议解除是指当事人双方在合同成立后，未履行或未完全履行之前，通过协商一致解除合同或在订立合同时就约定了解除合同的条件，当条件成就时自然解除。

法定解除是指合同成立后，没有履行或没有完全履行完毕之前，由于出现了法定解除情形，当事人一方行使法定解除权而使合同终止。一般来说，合同生效后，当事人是不能擅自解除合同的，但在履行过程中，有时会产生特定的情形，使合同的解除成为必要，如因不可抗力无法履行合同，或者由于一方当事人违约，为了维护相对方的合法权益，应当允许其解除合同。

《合同法》规定，有下列情形之一的，当事人可以解除合同：

- （1）因不可抗力致使不能实现合同目的；
- （2）在履行期限届满之前，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务；
- （3）当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在合理期限内仍未履行；
- （4）当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的；
- （5）法律规定的其他情形。

当事人一方行使解除权或主张解除合同的，应当通知对方。合同自通知到达对方时解除，对方有异议的，可以请求人民法院或仲裁机构确认解除合同的效力。

合同解除后，尚未履行的，终止履行；已经履行的，根据履行情况和合同性质，当事人可以要求恢复原状、采取其他补救措施，并有权要求赔偿损失。合同的权利义务终止，不影响合同中结算和清理条款的效力。

### （三）债务相互抵消

当事人互负到期债务，该债务的标的物种类、品质相同的，任何一方可以将自己的债务与对方的债务抵消，但依照法律规定或者合同性质不得抵消的除外。当事人主张抵消的，应当通知对方。通知自到达对方时生效。抵消不得附条件或者附期限。当事人互负债务，标的物种类、品质不相同的，经双方协商一致，也可以抵消。

### （四）债务人依法将标的物提存

提存，是指由于债权人的原因，债务人无法向其交付合同标的物而将该标的物交给提存机关，从而消灭合同的制度。

《合同法》规定，有下列情形之一的，难以履行债务的，债务人可以将标的物提存：

- （1）债权人无正当理由拒绝受领；
- （2）债权人下落不明；
- （3）债权人死亡，未确定继承人或者丧失民事行为能力未确定监护人；
- （4）法律规定的其他情形。

标的物不适于提存或者提存费用过高的，债务人依法可以拍卖或者变卖标的物，提存所得的价款。

标的物提存后，除债权人下落不明的以外，债务人应当及时通知债权人或债权人的继承人、监护人。标的物提存后，毁损、灭失的风险由债权人承担。提存期间，标的物的孳息归债权人所有。提存费用由债权人承担。债权人领取提存物的权利，自提存之日起五年内不行使而消灭，提存物扣除提存费用后归国家所有。

### （五）债权人免除债务

债权人免除债务，即债权人自愿放弃了债权，债务人的债务即被解除。债权人免除债务人部分或者全部债务的，合同的权利义务部分或者全部终止。

### （六）债权债务同归于一人

由于某种事实的发生，使一项合同中原本由一方当事人享有的债权和由另一方当事人承担的债务统归于一人时，合同的履行就失去了实际意义，合同的权利义务终止。例如，

由于甲乙两企业合并，甲乙企业之间原先订立的合同中的权利义务同归于合并后的企业，债权债务关系自然终止。

#### （七）法律规定或者当事人约定终止的其他情形



在合同权利义务终止的情形中，要特别注意法定解除的原因和标的物提存的情形。

## 第八节 违约责任

### 一、违约责任的概念

违约责任，即违反合同的民事责任，是指合同当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定时，依照法律规定或者合同约定所承担的法律后果。当事人双方都违反合同的，应当各自承担相应的责任。

一般来说，违约责任的追究，要在合同履行期限届满时才能行使，因为只有在履行期限届满时才能确定债务人是否履行了合同或履行义务是否符合约定，但在合同生效后，履行期限届满前，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行合同义务的，对方可以在履行期限届满之前要求其承担违约责任。这样可以保证当事人及时保护自己的权利。

### 二、承担违约责任的主要形式

根据《合同法》的规定，违约的当事人承担违约责任的主要形式有：继续履行、采取补救措施、赔偿损失、支付违约金和定金等。具体适用哪种违约责任，由当事人根据自己的要求加以选择。

#### （一）继续履行

订立合同的目的是为了实现合同的约定，即实际履行合同。继续履行合同，既是为了实现合同目的，又是一种违约责任。当事人一方违反合同约定，不履行或者履行不符合约定，对方当事人有权要求其继续履行，以维护自己的合法权益。

《合同法》规定，当事人一方未支付价款或者报酬的，对方可以要求其支付价款或者报酬。当事人一方不履行非金钱债务或者履行非金钱债务不符合约定的，对方可以要求履行，但有下列情形之一的除外：① 法律上或者事实上不能履行；② 债务的标的不适于强制履行或者履行费用过高；③ 债权人在合理期限内未要求履行。

## （二）采取补救措施

《合同法》规定，质量不符合约定的，应当按照当事人的约定承担违约责任。对违约责任没有约定或者约定不明确的，当事人可以协议补充或者按照合同有关条款或者交易习惯确定；仍不能确定的，受损害方根据标的的性质以及损失的大小，可以合理选择要求对方承担修理、更换、重做、退货、减少价款或者报酬等违约责任。

## （三）赔偿损失

当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，在履行义务或者采取补救措施后，对方还有其他损失的，应当赔偿损失。

当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定，给对方造成损失的，损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益，但不得超过违约合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失。当事人可以在合同中约定因违约产生的损失赔偿额的计算方法。

## （四）支付违约金

违约金是指合同当事人一方由于不履行合同或者履行合同不符合约定时，按照合同的约定，向对方支付的一定数额的货币。违约金是对不能履行或者不能完全履行合同行为的一种带有惩罚性质的经济补偿手段，不论违约的当事人一方是否已给对方造成损失，都应当支付。

约定的违约金低于造成的损失，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以增加；约定的违约金过分高于造成的损失，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以适当减少。当事人就迟延履行约定违约金的，违约方支付违约金后，还应当履行债务。

## （五）给付或者双倍返还定金

当事人可以依照《担保法》约定一方向对方给付定金作为债权的担保。债务人履行债务后，定金应当抵做价款或者收回。给付定金的一方不履行约定的债务的，无权要求返还定金；收受定金的一方不履行约定的债务的，应当双倍返还定金。



在承担违约责任的形式中，要注意赔偿损失的条件是有违约行为，采取其他补救措施后还有损失；而违约金的条件是有违约行为（不管是否给对方造成损失），在合同中有约定；当事人在合同中既约定违约金，又约定定金的，一方违约时，对方可以选择适用违约金或定金条款，但由于二者在目的、性质、功能等方面具有共性而不能并用。



## 案例 6-6

甲公司 2006 年 3 月 20 日收到乙公司的产品推荐材料。材料上主要介绍了乙公司所生产的 A 产品的质量、性能及主要技术参数等常规资料。4 月 10 日甲公司以电传方式向乙公司提出以下购货要求：

（1）购买 A 产品 200 箱，每箱 50 件，每箱价格 8 000 元，运费由供货方负担，乙方两次供货，分别于 5 月 5 日、5 月 25 日前各供货 100 箱；

（2）产品质量、性能符合国家标准；

（3）产品运到甲方后，经验收无误，甲方支付第一批货物货款的 70%，待第二批货到后，甲方支付第一批货物的余款同时支付第二批货物 60%的款项，最后 40%的欠款于 6 月 25 日前一次付清。

4 月 16 日乙方以电传方式回电给甲方，内容如下：

（1）对甲方关于订货数量、质量、运费和付款方式均无异议；

（2）A 产品每箱价格不低于 8 500 元；

（3）必须提供可靠的保证。

4 月 18 日甲方书面通知乙方，内容如下：

（1）乙方提出的价格可以接受，其他条件不变；

（2）甲方以房产价值 90 万元提供抵押担保，并附丙同意对该项交易债权债务提供担保的书面承诺；

（3）任何一方违约均按总标的额的 10%支付违约金。

4 月 21 日，乙方通知甲方接受甲方提出的两种担保方式和违约金条款，并于当日办理了抵押房产登记手续。

5 月 5 日，乙方按要求将第一批货物运到甲方。甲方支付该批货物 70%的货款。

5 月 25 日，乙方将第二批货物运到甲方，甲方以目前 A 产品市场滞销，当初签订合同时对合同内容有重大误解，该合同应予撤销为由，拒付第二批货款，并要求撤销该合同，乙方不同意。

6 月 25 日，甲方仍未支付应于 5 月 25 日应支付的货款，也未补付剩余所欠的余款。乙方多次向甲方要求付款未果。

9 月 20 日，乙方向法院申请，追究担保人的责任，并放弃对抵押房产的受偿权，要求由担保人丙支付甲所欠的所有货款及违约金。丙认为乙的要求超过了丙应承担的担保责任范围。

**要求：**根据以上资料，分析回答下列问题：

（1）甲乙双方的合同签订过程中，要约生效的时间是什么时候？合同于何时正式生效？

(2) 甲方要求终止履行该合同, 理由是否充分? 乙方拒绝甲方停止支付第二期货款的要求是否合法?

(3) 丙方作为保证人, 应承担保证责任的金额是多少?

(4) 若乙于去年由于业务往来欠甲 30 万元货款, 甲提出以此抵消其所欠乙部分债务, 甲乙就此协商一致, 问此种债务的相互抵消是否合法?



### 案例分析

(1) 该合同经过双方多次要约, 故最终要约生效时间为 4 月 18 日。4 月 21 日承诺生效, 故该合同于 4 月 21 日正式签订生效。

(2) 乙方的要求合法, 因为甲方拒付货款的理由不成立, 甲方对产品在市场销售情况预测不准确, 属于内部管理决策失误, 与对合同内容理解失误无关。

(3) 丙方承担保证的金额应为该合同责任的总金额(包括价款、违约金、赔偿金)扣除抵押房产价值的余额。债权人放弃物的担保的, 在债权人放弃物的担保范围内免除保证人的责任。金额计算如下:

$$200 \times 0.85 \times (1 + 10\%) - 90 - 90 = 7 \text{ (万元)}$$

(4) 当事人互付到期债务, 该债务的标的物种类、品质相同的, 任何一方可以将自己的债务与对方的债务抵消; 该债务的标的物种类、品质不同的, 经双方协商一致, 也可以抵消。因此甲乙协商后的债务抵消行为合法。

## 三、违约责任的免除

一般来说, 在合同订立之后, 如果一方当事人没有履行合同或者履行合同不符合约定, 不论是自己的原因, 还是第三人的原因, 都应当向对方承担违约责任。但是, 若一方当事人违约是由于某些无法防止的客观原因造成的, 则可根据情况免除违约方的违约责任。

《合同法》规定, 因不可抗力不能履行合同的, 根据不可抗力的影响, 部分或者全部免除责任, 但法律另有规定的除外。当事人迟延履行后发生不可抗力的, 不能免除责任。《合同法》所称不可抗力, 是指不能预见、不能避免并不能克服的客观情况。当事人一方因不可抗力不能履行合同的, 应当及时通知对方, 以减轻可能给对方造成的损失, 并应当在合理期限内提供证明。

本章主要内容如图 6-1 所示。

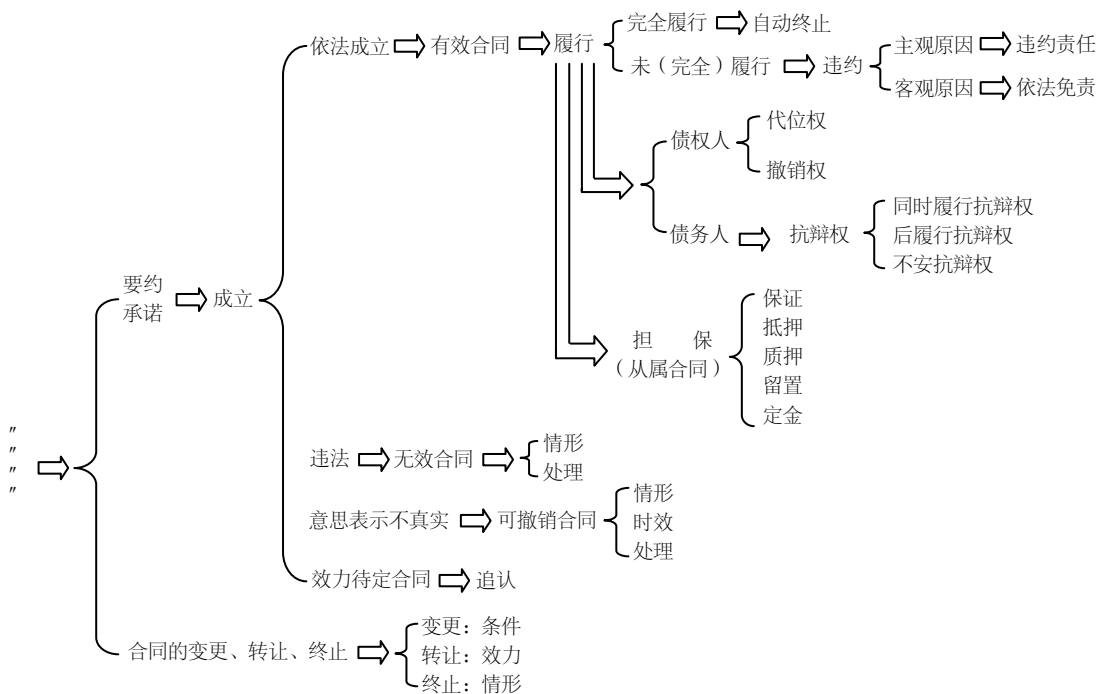


图 6-1 关于合同订立的主要内容



## 思考题

1. 简述合同订立的形式与方式，合同的主要内容。
2. 什么是无效合同？哪些合同为无效合同？无效合同应如何处理？
3. 什么是可撤销合同？哪些合同为可撤销合同？如何处理？
4. 试分析合同履行过程中的抗辩权。
5. 对比分析合同担保的方式。
6. 合同权利义务终止的情况有哪些？
7. 简述承担违约责任的形式。



## 案例分析题

1. 中国甲公司与外国乙公司签订一项货物买卖合同，甲方向乙方购买机器设备，价款

500 万元,合同约定违约金 100 万元。

**要求:**根据《合同法》的规定,回答以下问题。

(1) 甲方尚未付款前,发现乙方的供货不符合合同约定,应如何处理?

(2) 如果乙方违约未能供货,给甲方造成损失 5 万元,乙方要求减少违约金数额,法律是否允许?

(3) 如乙方违约给甲方造成 8 000 万元损失,乙方能否提出减少赔偿金额的要求?

2. 甲乙两公司采用合同书形式订立了一份买卖合同,双方约定由甲公司向乙公司提供 100 台精密仪器,甲公司于 2006 年 8 月 31 日以前交货,并负责将货物运至乙公司,乙公司在收到货物后 10 日内付清货款。合同订立后,双方均未签字盖章。7 月 28 日,甲公司与丙运输公司(以下简称“丙公司”)订立货物运输合同,双方约定现由丙公司将 100 台精密仪器运至乙公司,8 月 1 日,丙公司先运了 70 台精密仪器至乙公司,乙公司全部收到,并于 8 月 8 日将 70 台精密仪器的货款付清。8 月 20 日,甲公司掌握了乙公司转移财产、逃避债务的确切证据,随即通知丙公司暂停运输其余 30 台精密仪器,并通知乙公司中止交货,要求乙公司提供担保,乙公司及时提供了担保。8 月 26 日,甲公司通知丙公司将其余 30 台精密仪器运往乙公司,丙公司在运输途中发生交通事故,30 台精密仪器全部毁损,致使甲公司 8 月 31 日前不能按时全部交货。9 月 5 日,乙公司要求甲公司承担违约责任。

**要求:**根据以上事实及《合同法》的规定,回答下列问题。

(1) 甲乙公司订立的买卖合同是否成立?并说明理由。

(2) 甲公司 8 月 20 日中止履行合同的行为是否合法?并说明理由。

(3) 乙公司 9 月 5 日要求甲公司承担违约责任的行为是否合法?并说明理由。

(4) 丙公司对货物毁损应承担什么责任?并说明理由。

3. 甲公司 2006 年通过招标采购 A 设备的主要过程及交易执行情况如下。

(1) 甲公司于 2 月 26 日向全国几家大的 A 设备供货商发出关于以招标方式购买 A 设备的信息,并对 A 设备的基本性能、质量、技术标准和供货时间做了原则性要求。

(2) 乙公司和其他几家供货商家于 4 月 15 日参加了关于甲公司购买 A 设备的招标会,并于当日投标。乙公司所投标书的主要内容如下:

第一,向甲公司提供 A 设备 3 台,每台价格 64 万元。

第二,所提供设备的产地、规格、质量、性能及主要技术参数。

第三,乙公司可以于 6 月 10 日前一次性将 3 台 A 设备运到甲公司所在地。

第四,甲公司开箱验货后认为符合要求,则当即一次性支付 80%的货款。

第五,剩余 20%的货款在甲方试用设备期满后,于 6 月 25 日一次结清。

第六,任何一方违约均按总标的额的 15%支付违约金。

第七,若乙公司中标后因未能按期供货而给甲方造成损失的,每日按供货总标的额的

5%支付赔偿金。

(3) 4月22日乙公司收到中标通知，甲公司希望乙公司如期履行标书约定的权利和义务。

(4) 6月10日乙公司将2台A设备运往甲公司，甲公司按实收设备价格的80%开出银行汇票支付货款，乙公司提出应该按3台设备价格的80%支付，甲方予以拒绝。

(5) 6月13日乙公司将剩余1台A设备运往甲公司，并要求甲公司一次结算所有余款，并由甲公司负担设备的运费。

(6) 甲公司认为乙公司关于付清设备款的要求不合理，至于运费问题因事先标书中未说明由哪一方负担，可以协商。

(7) 全部设备试用合格后，甲公司于6月25日补付3台设备20%余款时，要求乙公司同时向甲公司支付因延期交货的违约金。乙公司认为甲公司属无理要求，乙公司虽有一台设备延期交货，但未给甲公司造成任何损失。

**要求：**根据以上资料，结合《合同法》的规定，分析回答下列问题。

(1) 合同订立过程中，要约和承诺两个阶段分别在什么时间生效，要约人、承诺人分别是哪一方？

(2) 6月10日甲方拒绝乙方的要求是否合理？并说明理由。

(3) 6月13日甲方再次拒绝乙方的要求是否合理？并说明理由。

(4) 甲方要求乙方支付违约金理由是否成立？为什么？

(5) 运费应由哪一方负担？为什么？

4. 甲公司法人代表以书面方式委托供销科长与乙公司签订购入A商品的合同。有关资料如下。

(1) 委托书规定：

第一，时间2006年5月12日至6月1日；

第二，购入A商品1000件，每件单价不超过420元；

第三，可以选择保证方式。

(2) 供销科长2006年5月20日与乙公司签订购销A商品合同如下：

第一，乙一次性向甲供货1200件，每件单价400元，供货时间为6月18日；

第二，甲公司于6月10日前向乙预付定金8万元，预付货款10万元，余款在收货后一次付清；

第三，任何一方违约均承担总标的额的10%的违约金。

(3) 乙公司就供货数量、价格和时间于2006年5月25日向甲公司以传真方式确认，甲公司法人代表以传真件认可。

(4) 2006 年 6 月 5 日甲公司将持有的面值 18 万元的银行汇票背书转让给乙。18 日乙公司发来全部货物, 甲公司发现货物质量不符合合同要求, 拒绝收货并拒绝支付余款。乙公司认为货物质量问题属于运输部门不负责造成的, 与本公司无关, 并要求甲公司支付余款, 由此引起纠纷。

(5) 经查证, 甲公司向乙公司购货的原因是乙公司寄来供应 A 商品的价目表和质量证明书。但实际上乙公司并无短期内生产 1 200 件 A 商品的能力, 为了做成该笔业务, 只有委托丙公司加工生产, 造成质量问题。

**要求:** 分析案例并回答下列问题。

- (1) 乙公司是否应承担缔约过失责任?
- (2) 该合同采用的是哪些担保方式? 担保是否生效?
- (3) 合同的违约责任在哪一方?
- (4) 合同中关于购货数量的规定是否有效?
- (5) 该纠纷依法应如何处理?

5. 甲乙两企业签订一份买卖合同, 甲为买方, 乙为卖方。合同约定, 甲向乙支付定金 15 万元, 并约定如果一方违约, 向对方支付的违约金为合同总价款的 20%, 计 20 万元。双方约定如果发生争议请求仲裁机构裁决。之后乙企业违约, 致使甲企业损失 12 万元。甲企业要求乙企业承担违约责任, 即赔偿损失 12 万元, 双倍返还定金 30 万元, 支付违约金 20 万元, 共计 62 万元。乙企业不同意, 甲企业遂向人民法院起诉。乙企业则向仲裁机构申请仲裁。

**要求:** 分析案例并回答下列问题。

- (1) 甲企业与乙企业关于定金数额的约定是否符合法律规定, 为什么?
- (2) 该案应由人民法院受理还是应由仲裁委员会受理? 为什么?
- (3) 甲企业要求乙企业承担违约责任赔偿金共计 62 万元是否正确? 为什么?

# 第七章 票据法律制度

## 本章目的和任务

通过本章学习，要求学生掌握票据的概念、特征和种类，汇票、本票、支票的基本法律规定；涉外票据的法律适用；了解票据法的概念、特点，违反票据法的法律责任。

## 本章要点

- 票据法概述
- 汇票、本票、支票
- 违反票据法的法律责任

## 第一节 票据法概述

### 一、票据的概念和种类

票据是出票人依票据法签发的，由自己或委托他人于到期日或见票时无条件支付一定金额给收款人或持票人的一种有价证券。

票据有广义和狭义之分。广义上的票据包括各种有价证券和凭证，如股票、国库券、企业债券、发票、提单、仓单等；狭义上的票据则是指票据法上的票据。我国票据法上的票据包括汇票、本票和支票三种。

### 二、票据的法律特征

（1）票据是设权证券。票据权利的发生必须首先做成票据。票据的签发，不是为了证明已经存在的权利，而是为了创设一种权利。没有票据也不会有票据上的权利。

（2）票据是要式证券。票据必须具备法定形式才能发生效力。票据法对票据上应记载的事项有明确的规定，如果欠缺必须记载事项，票据即归无效。

（3）票据是文义证券。票据的一切权利与义务，必须严格依照票据上记载的文义而定。

不得以票据以外的任何事由变更其效力。

(4) 票据是金钱证券。票据是以支付一定金额货币为目的的有价证券, 凡以金钱以外的物品为给付标的的, 都不是票据法上所称的票据。

(5) 票据是无因证券。票据的持票人行使票据权利时, 不必证明其取得的原因, 仅依票据上所载文义就可以请求给付一定金额的货币。

(6) 票据是流通证券。票据的转让与一般债权的转让不同, 可以依背书和交付的简单程序进行, 而不必通知债务人。

(7) 票据是返还证券。票据债权人受领了票据金额后, 必须将票据交还债务人, 使票据关系消灭。

### 三、票据法及其特点

票据法是规定票据制度、调整票据活动产生的各种社会关系的法律规范的总称。



#### 相关链接

1995 年 5 月 10 日第八届全国人大常委会第十三次会议通过了《中华人民共和国票据法》(以下简称《票据法》), 该法自 1996 年 1 月 1 日起施行。

票据法有下列特征:

(1) 票据法的规定大都是强制性规范, 如规定票据的种类和应记载事项、票据行为方式等。

(2) 票据法中有许多准用性规范, 如规定本票、支票的背书等准用汇票的有关规定等。

(3) 票据法中有许多技术性规范, 如出票、背书、承兑、保证等方式的规定。

## 第二节 汇票

### 一、汇票的概念和种类

汇票是出票人签发的, 委托付款人在见票时或者在指定日期无条件支付确定的金额给收款人或者持票人的票据。

汇票分为银行汇票和商业汇票两种。银行汇票是由银行签发的一种汇票; 商业汇票是由商品购销活动而产生的, 是企事业单位签发的一种汇票。



## 二、出票

出票是指出票人签发票据并将其交付给收款人的一种票据行为。汇票的出票人必须与付款人有真实的委托付款关系，并且具有支付汇票金额的可靠资金来源。出票人依据票据法规定的要件作成票据并交付后，出票行为即发生票据法上的效力，票据债权债务关系成立。

出票对收款人、付款人、出票人具有不同的法律效力。在出票行为有效成立后，收款人即享有票据上的权利。出票行为的成立虽然并不使付款人承担承兑义务，但是基于出票人的付款委托而使其具有承兑的地位，在其对汇票进行承兑后，即成为汇票上的主债务人。对出票人来说，则成为票据上的债务人。

## 三、汇票的记载事项

根据《票据法》的规定，汇票的记载事项分为绝对应记载事项和相对应记载事项。

### （一）绝对应记载事项

绝对应记载事项包括：① 表明“汇票”的字样；② 无条件支付的委托；③ 确定的金额；④ 付款人名称；⑤ 收款人名称；⑥ 出票日期；⑦ 出票人签章。

银行汇票的出票人，必须是经中国人民银行批准办理银行汇票业务的银行。上述绝对应记载事项，缺一则票据无效。票据金额以中文和数码同时记载，两者必须一致，不一致时，票据无效。不得签发无对价的汇票用以骗取银行或其他票据当事人的资金。

### （二）相对应记载事项

相对应记载的事项也是汇票记载的内容，与绝对应记载事项的区别之处是：相对应记载事项如果未在汇票上记载，并不影响汇票本身的效力，可依法律规定推定。

相对应记载事项主要有：① 付款日期。未记载付款日期的，视为见票即付。② 付款地。未记载付款地的，以付款人的营业场所、住所或者经常居住地为付款地。③ 出票地。未记载出票地的，以出票人的营业场所、住所或者经常居住地为出票地。

## 四、背书

背书是指持票人在票据背面或者粘单上记载有关事项并签章将汇票权利让与他人的一种票据行为。《票据法》规定，背书必须做成记名背书。

### （一）背书记载的事项

背书应记载的事项有：背书人的签章，被背书人的名称和背书的日期。其中，前两项

属于绝对应记载事项。背书日期如未记载，则视为在汇票到期日前背书。

另外，背书不得附条件，否则所附条件不具有汇票上的效力。将汇票金额的一部分转让或者将汇票金额分别转让给两人以上的背书无效。

## （二）禁止背书

禁止背书是指出票人或背书人在票据上记载“不得转让”等类似文句，以禁止票据权利的转让，包括出票人的禁止背书和背书人的禁止背书两种。

出票人的禁止背书应记载在汇票的正面。如果收款人或持票人将出票人做此背书的汇票转让，该转让不发生票据法上的效力，而只具有普通债权让与的效力，出票人对受让人不承担票据责任。

背书人的禁止背书应记载在汇票的背面。如其后手再背书转让，原背书人对其直接被背书人以后通过背书方式取得汇票的一切当事人，不承担保证责任。

## （三）背书的效力

票据背书的效力主要有：① 票据权利的转移。背书成立后，汇票上的一切权利均由背书人转移给被背书人。后者成为汇票的债权人，前者则成为票据的债务人。② 票据权利的证明。持票人背书，证明其对票据的权利。③ 票据权利的担保。背书人应按照汇票的文义，担保汇票的承兑和付款。汇票不获承兑或不获付款时，背书人对于被背书人及其所有后手均负有偿还票款的义务。

# 五、承兑

承兑是指汇票付款人承诺在汇票到期日支付汇票金额的票据行为。

## （一）汇票的提示承兑

提示承兑是指持票人向付款人出示汇票，并要求付款人承诺付款的行为。根据付款形式的不同，汇票可分为必须提示承兑、无需提示承兑以及可以提示承兑三种。

（1）必须提示承兑的汇票。见票后定期付款的汇票属于必须提示承兑的汇票。

（2）无需提示承兑的汇票。见票即付的汇票属于无需提示承兑的汇票。这类汇票有两种：一是汇票上明确记载见票即付的汇票；二是汇票上没有记载付款日期，视为见票即付的汇票，目前主要是指银行汇票。

（3）可以提示承兑的汇票。定日付款和出票后定期付款的汇票属于可以提示承兑的汇票。持票人可以在汇票到期日前提示承兑，也可以不提示承兑而于到期日直接请求付款。但我国《票据法》规定，除见票即付的汇票外，其他汇票都必须提示承兑。

## （二）承兑记载的事项和记载的方法

（1）承兑记载的事项。承兑记载的事项包括三项，即承兑文句、承兑日期、承兑人签章。承兑文句、承兑人签章是绝对应记载事项，承兑日期属于相对应记载事项，但见票后定期付款的汇票，则必须记载日期。

（2）承兑记载的方法。付款人对汇票进行承兑时，必须记载在汇票的正面。在汇票背面或粘单上所做的承兑，不发生《票据法》上规定的效力。

## （三）承兑的效力

承兑的效力在于确定汇票付款人的付款责任。承兑人于汇票到期日必须向持票人无条件地支付汇票上的金额。承兑人在到期日拒绝付款的，必须向持票人承担迟延履行责任，支付迟延付款的利息及其他有关费用。承兑人不得以其与出票人之间的资金关系来对抗持票人，拒绝支付汇票金额。承兑人的票据责任不因持票人未在法定期限提示付款而解除，承兑人仍要对持票人承担票据责任。

# 六、保证

保证是票据债务人以外的第三人为担保票据债务的履行所做的一种附属票据行为。

## （一）保证的记载事项与记载方法

保证应记载事项分为绝对应记载事项与相对应记载事项两种。绝对应记载事项主要有：表明“保证”的字样，保证人签章。相对应记载事项主要有：保证人的名称和地址，被保证人的名称，保证日期。缺少保证人的名称和地址，保证人名称可由其签章认定，保证人地址可以推定为保证人的营业场所、住所；缺少被保证人的名称，承兑人（业经承兑）或出票人为被保证人；缺少保证日期，以出票日为保证日期。

保证人的记载方法是记载在汇票上或者其粘单上。

## （二）保证人的责任和权利

（1）保证人的责任。由于票据保证既是债的一种担保方式，同时又是一种票据行为，这种特殊性决定了票据保证人的票据责任从属于被保证人的债务，与被保证人负有同一责任。同时又不随被保证人的债务因实质原因无效而无效，只有当被保证人的债务因欠缺票据形式要件而无效时，保证人的债务才归于无效，保证人的票据责任因此而被免除。保证人为两人以上的，保证人之间承担连带责任。

（2）保证人清偿汇票债务后的权利。保证人向持票人清偿债务后，取得票据而成为持票人，享有票据上的权利，有权对被保证人及其前手行使追索权。

## 七、付款

付款是汇票的承兑人（付款人）向持票人支付汇票金额，以消灭票据权利义务的行为，它不属于票据行为。

### （一）付款的提示

付款的提示是指持票人向承兑人现实地出示票据，请求其付款的行为。付款的提示是票据权利的保全和行使，如果持票人不按照法定期限提示付款的，则丧失对前手的追索权，但经做出说明后，承兑人或者付款人仍应对持票人承担付款责任。持票人应当按下列期限提示付款：① 见票即付的汇票，自出票日起的 1 个月内向付款人提示付款。② 定日付款、出票后定期付款或者见票后定期付款的汇票，自到期日起 10 日内向承兑人提示付款。

### （二）付款的责任

受托银行只要依法将汇票金额收入持票人账户或从付款人账户支付，即为如约履行了义务，而对于汇票当事人之间的纠纷或其他原因造成的损失，不承担任何责任。

付款人或代理付款人在付款时，必须承担审查义务。审查包括两个方面：一是审查提示付款人的合法身份证明或者有效证件；二是审查汇票上诸项背书是否连续。付款人或代理付款人付款时，有恶意或重大过失造成当事人损失的，应自行承担赔偿责任。

## 八、追索权

追索权是持票人在票据到期不获付款，或期前不获承兑，或有其他法定原因，并在实施行使或保全票据上权利的行为后，可向其前手请求偿还票据金额、利息及其他法定款项的一种票据权利。这是票据法为保障持票人的权利而设立的独特制度。

### （一）追索权的当事人

追索权的当事人包括追索权人和偿还义务人。追索权人包括最后的持票人和已为清偿的票据债务人。偿还义务人包括出票人、背书人、承兑人、保证人。

### （二）追索权的行使

（1）行使追索权的原因。汇票到期日前，有下列情况之一的，持票人可以行使追索权：汇票被拒绝承兑；承兑人或者付款人死亡、逃匿的；承兑人或者付款人被依法宣告破产，或者因违法被责令终止业务活动的。

（2）行使追索权的程序。第一，取得拒绝证明、退票理由书或其他合法证明。拒绝证明是由国家授权的机关制作的，用以证明持票人已依法行使票据权利而被拒绝，或者无法

行使票据权利的一种公证书。持票人提示付款被拒绝的，承兑人或付款人必须出具拒绝证明，或者出具退票理由书，否则应承担由此产生的民事责任。第二，发出追索通知。这是指持票人为向前手行使追索权，而事先将票据不获承兑，或者不获付款的事实情况告知其前手的行为。

持票人应当自收到被拒绝承兑或者被拒绝付款的有关证明之日起的3日内，将被拒绝事由书面通知其前手；其前手应当自收到通知之日起的3日内书面通知其再前手。持票人也可以同时向各汇票债务人发出书面通知。在规定的期限内，将通知按照法定地址或者约定的地址邮寄的，视为已经发出通知。

未按照规定期限通知的持票人仍可以行使追索权。因延期通知给其前手或者出票人造成损失的，由没有按照规定期限通知的汇票当事人承担该损失的赔偿责任，但所赔偿的金额以汇票金额为限。

### （三）追索金额

追索金额是指持票人或者其他追索权人向偿还义务人行使追索权，请求其支付的金额。追索金额包括：① 被拒绝付款的汇票金额；② 汇票金额从到期日或者提示付款日起至清偿日止，按照中国人民银行规定的利率计算的利息；③ 取得有关拒绝证明和发出通知书的费用。

被追索人按照上述要求清偿后，可以向其他汇票债务人行使再追索权，请求其他汇票债务人支付下列金额和费用：① 已清偿的全部金额；② 汇票金额自清偿日起至再追索清偿日止，按照中国人民银行规定的利率计算的利息；③ 发出通知书的费用。行使再追索权的被追索人获得清偿时，应当交出汇票和有关拒绝证明，并出具所收到利息和费用的收据。

### （四）追索权的效力和限制

对被追索人的效力主要有：汇票的出票人、背书人、承兑人和保证人对持票人承担连带责任；被追索人清偿债务后，与持票人享有同一权利。

对追索人的效力主要有：持票人可以不按照汇票债务人的先后顺序，对其中任何一人、数人或者全体行使追索权；持票人对汇票债务人中的一人或者数人已经开始进行追索的，对其他汇票债务人仍可以行使追索权。

追索权的限制是：持票人为出票人的，对其前手无追索权；持票人为背书人的，对其后手无追索权。

### 第三节 本票

#### （一）本票的概念

根据我国《票据法》的规定，本票即银行本票，是指出票人签发的、承诺自己在见票时，无条件支付确定的金额给收款人或持票人的票据。银行本票限于见票即付。银行本票分为定额银行本票和不定额银行本票。

#### （二）本票的记载事项

本票绝对应记载的事项有：① 表明“本票”的字样；② 无条件支付的承诺；③ 确定的金额；④ 收款人名称；⑤ 出票日期；⑥ 出票人签章。本票上未记载前述规定事项之一的，则本票无效。

本票相对应记载事项有：① 付款地。本票上未记载付款地的，出票人的营业场所为付款地。② 出票地。本票上未记载出票地的，出票人的营业场所为出票地。

#### （三）本票的付款

按照我国《票据法》的规定，本票自出票之日起，付款期限最长不得超过 2 个月，并保证支付。本票的出票人在持票人提示见票时，必须承担付款的责任。持票人未按规定期限提示见票的，丧失对出票人以外的前手的追索权。

本票的背书、保证、付款行为和追索权的行使，除本票的规定外，适用有关汇票的规定。

### 第四节 支票

#### 一、支票概念和种类

支票是出票人签发的，委托办理支票存款业务的银行或其他金融机构在见票时，无条件支付确定的金额给收款人或持票人的票据。支票按照支付票款的方式可以分为普通支票、现金支票和转账支票。

普通支票既可以转账，也可以支取现金。用于转账的，可在普通支票左上角加划两条平行线，亦称划线支票；未划线的普通支票，可用于支取现金。

现金支票专门用于支取现金。这种支票在印制时，已在支票的上端印明了“现金”字样。转账支票专门用于转账，不得用于支取现金，这种支票印制时，在支票的上端已印明

“转账”字样。

## 二、支票的记载事项

支票绝对应记载的事项有：① 表明“支票”的字样；② 无条件支付的委托；③ 确定的金额；④ 付款人名称；⑤ 出票日期；⑥ 出票人签章。支票上未记载前述 6 项规定事项之一的，则支票无效。

支票相对应记载的事项有：① 付款地。未记载付款地的，以付款人营业场所、住所或者经常居住地为付款地。② 出票地。未记载出票地的，以出票人的营业场所、住所或者经常居住地为出票地。

## 三、禁止签发的支票

（1）空头支票。我国《票据法》规定，禁止签发空头支票。出票人签发的支票金额超过其付款时在付款人处实有的存款金额的，为空头支票。

（2）与预留签章不符的支票。支票的出票人不得签发与其预留本名的签名式样或者印签不符的支票。

支票的金额、收款人名称可以由出票人授权补记。未补记前，不得背书转让和提示付款。签发空头支票或印章与预留印签不符的支票，按票面的金额对其处以 5%，但不低于 1 000 元的罚款；同时处以 2%的赔偿金，赔偿收款人。

## 四、支票的付款

出票人必须按照签发的支票金额承担保证向该持票人付款的责任，出票人在付款人处的存款足以支付支票金额时，付款人应当在当日足额付款。支票限于见票即付，不得另行记载付款日期。另行记载付款日期的，该记载无效。持票人应当自出票日起 10 日内提示付款，超过提示付款期限的，付款人可以不予付款；付款人不予付款的，出票人仍应当对持票人承担票据责任。

汇票、本票、支票基本规定比较见表 7-1。

表 7-1 汇票、本票、支票基本规定比较表

票据种类	汇票	本票	支票
主要区别			
概念	略	略	略

续表

票据种类 主要区别	汇票	本票	支票
分类	银行汇票、商业汇票	银行本票	普通支票、现金支票、转账支票
出票记载事项			
• 绝对记载事项	7个（略）	6个（略）	6个（略）
• 相对记载事项	3个（略）	2个（略）	2个（略）
背书记载事项			
• 绝对记载事项	2个（略）	相同	相同
• 相对记载事项	1个（略）		
承兑	• 必须提示承兑 • 见票即付	见票即付	见票即付

五、涉外票据的法律适用

（一）涉外票据的概念

涉外票据是指出票、背书、承兑、保证、付款等行为中，既有发生在中国境内的，又有发生在中国境外的票据。

（二）涉外票据的法律适用

对于涉外票据，首先是适用我国缔结或者参加的国际条约，但我国声明保留的条款除外；其次适用我国有关法律、法规；若以上两者都没有规定，则可以适用国际惯例。我国法律具体规定涉外票据的法律适用情况如下：

（1）适用出票地法律。如汇票、本票、支票出票时的记载事项，票据追索权的行使期限等。

（2）适用行为地法律。如票据债务人的民事行为能力一般适用其本国法，但如果依其本国法为无民事行为能力或限制民事行为能力，而依行为地法律为完全民事行为能力的，适用行为地法律。另外票据的背书、承兑、付款和保证行为也适用行为地法。

（3）适用付款地法律。如票据的提示期限、有关拒绝证明的方式、出具拒绝证明的期限，票据丧失时失票人请求保全票据权利的程序等。支票出票时的记载事项经当事人协议，也可适用付款地法律。



## 第五节 违反票据法的法律责任

### （一）票据欺诈行为的法律责任

有下列票据欺诈行为之一的，依法追究刑事责任；情节轻微不构成犯罪的，依照国家有关规定给予行政处罚：① 伪造、变造票据的；② 故意使用伪造、变造的票据的；③ 签发空头支票或者故意签发与其预留的本人签名式样或印鉴不符的支票，骗取财物的；④ 签发无可靠资金来源的汇票、本票，骗取资金的；⑤ 汇票、本票的出票人在出票时做虚假记载、骗取财物的；⑥ 冒用他人的票据，或者故意使用过期或者作废的票据，骗取财物的；⑦ 付款人同出票人、持票人恶意串通，实施前6项所列行为之一的。

### （二）票据付款人违法行为的法律责任

票据付款人的违法行为主要表现为故意压票、拖延支付。

票据付款人包括银行汇票、银行本票的出票银行，银行承兑汇票的承兑银行，商业承兑汇票的承兑人，支票的付款银行等。由于银行汇票、银行承兑汇票、银行本票的付款，按照我国现行做法是由代理付款银行进行的，因此，故意压票，拖延支付所承担的责任也适用于代理付款银行。

票据付款人故意压票、拖延支付的行为，应由金融行政管理部门处以罚款，对直接责任人给予处分。目前中国人民银行已经对付款人故意压票、拖延支付应给予的行政处罚做出规定，主要有：罚款、警告、通报批评、停止使用或办理有关票据结算、对责任人给予行政处罚。

关于罚款的规定有：对付款人故意压票、拖延支付的，按票据金额每天处以万分之七的罚款；对商业承兑汇票人拖延支付的，对其按票据金额处以5%，但不低于1 000元的罚款。关于对直接责任人处分的规定：处以按本人月基本工资额20%~80%的罚款，给予警告、记过、撤职，直至开除公职。

票据付款人故意压票、拖延支付给持票人造成损失的，应依法承担赔偿责任。按照中国人民银行现行规定，票据付款人故意压票、拖延支付，影响持票人资金使用的，每天要按延压的票据金额的万分之五向持票人计付赔偿金。

### （三）金融机构工作人员的法律责任

金融机构工作人员在票据业务中玩忽职守，对违反《票据法》规定的票据予以承兑、付款或者保证的，给予处分；造成重大损失，构成犯罪的，依法追究刑事责任。因上述行为给当事人造成损失的，由金融机构和直接责任人员依法承担赔偿责任。



## 思考题

1. 简述票据的概念及特征。
2. 试比较汇票、本票、支票的绝对应记载事项。
3. 行使票据追索权的原因有哪些？



## 案例分析题

A、B公司于2006年3月20日签订买卖合同，根据合同约定，B公司于3月25日发出100万元的货物，A公司将一张出票日期为4月1日、金额为100万元、出票后3个月付款的银行承兑汇票交给B公司。4月20日，B公司向承兑人甲银行提示承兑，承兑日期为4月20日。B公司在与C公司的买卖合同中，将该汇票背书转让给C公司，但B公司在汇票的背面记载“不得转让”字样。2006年5月20日，C公司在与D公司的买卖合同中，将其背书给D公司。2006年7月5日，持票人D公司向甲银行提示付款时，甲银行以A公司未能足额交存票款为由，拒绝付款，并于当日签发拒绝证明。2006年7月15日，D公司向A公司、B公司、C公司发出追索通知。C公司以D公司未在法定期限内发出追索通知为由，拒绝承担担保责任；B公司以自己在汇票上曾记载“不得转让”为由，拒绝承担担保责任。

**要求：**分析案例并回答下列问题。

- (1) B公司于4月20日向甲银行提示承兑时，承兑的绝对应记载事项包括哪些？
- (2) D公司于7月5日向甲银行提示付款的时间是否符合法律规定？并说明理由。如果持票人未在法定期限内提示付款，其法律后果是什么？
- (3) 甲银行拒绝付款的理由是否成立？并说明理由。
- (4) C公司拒绝承担担保责任的主张是否成立？并说明理由。
- (5) B公司拒绝承担担保责任的主张是否成立？并说明理由。

# 第八章 证券法律制度

## 本章目的和任务

通过本章的学习，要求学生掌握证券发行与交易的一般原则，证券发行、交易、上市公司收购的基本规定；理解违反证券法的法律责任；了解证券法律制度的概念及证券交易所、证券公司的有关内容，使学生能够运用法律知识解决证券发行、交易中的实际问题。

## 本章要点

- 证券法概述
- 证券发行制度
- 证券交易制度
- 上市公司的收购制度
- 证券机构
- 法律责任

## 第一节 证券法概述

### 一、证券及证券法的概念

#### （一）证券的概念和范围

证券一般又称为有价证券，是指发行人依照法律、行政法规的规定，经批准签发的表示一定财产权的凭证。证券有广义和狭义之分。广义的证券包括财物证券、货币证券、资本证券。财物证券是指证明持有人享有一定数量财物请求权的证券，如提货单、货运单等；货币证券是证明持有人享有一定数额货币请求权的证券，如汇票、本票、支票等；资本证券是证明持有人资本的所有权与收益权的证券，如股票、债券等。狭义的证券仅指资本证券。我国的证券概念中仅指股票和债券。

我国的证券具有以下特征：

（1）权利性。证券是一种权利凭证，是一种具有严格格式要求、由证券持有人行使证

券权利的凭证。

(2) 流动性。证券是一种流通凭证,具有随时变现的可能,以满足投资者对资金的随机要求。

(3) 风险性。证券是一种投资凭证,证券作为直接投资,信用双方都需承担比间接投资更大的风险。不同投资者对不同风险的选择,形成资本在不同部门和企业间的流动。

(4) 收益性。证券是一种收益凭证。证券作为一种投资,在承担一定风险的同时,能够为持有者带来一定的收益。

## (二) 证券市场

证券市场是指证券发行与交易的场所。证券市场分为发行市场和流通市场。发行市场又称一级市场,是发行新证券的市场,证券发行人通过证券发行市场将已获准公开发行的证券第一次销售给投资者,以获取资金。证券流通市场又称二级市场,是对已发行的证券进行买卖、转让交易的场所。投资者在一级市场取得的证券可以在二级市场进行交易。

证券市场的主体包括证券发行人、投资者、中介机构、交易场所以及自律性组织和监管机构等。发行人是发行证券的单位,一般为企业、金融机构和政府部门。投资者是证券的购买者,也是资金的供给者。投资者分为个人投资者和机构投资者,个人投资者可以依法直接参与证券买卖,也可以通过证券经纪人买卖证券。机构投资者是指有资格进行证券投资的法人单位。证券中介机构主要是指证券经营机构、资产评估机构、会计师事务所、律师事务所等。交易所是进行证券交易的场所,有场内交易和场外交易两种。自律性组织包括证券交易所、证券业协会等,主要是在本所或本行业内实行自我监管。证券监管机构是代表政府对证券市场进行监督管理的机构,在我国为中国证券监督管理委员会及其派出机构。证券市场的经营对象包括证券及其衍生产品,如股票期货、股票期权、认股权证、债券期货、债券期权等。

## (三) 证券法的概念及调整对象

证券法是调整证券发行、交易和证券监管过程中发生的经济关系的法律规范的总称。



### 相关链接

1998年12月29日第九届全国人大常委会第六次会议通过了《中华人民共和国证券法》(以下简称《证券法》),该法自1999年7月1日起施行,它标志着我国证券业已步入法制化轨道。2004年8月28日,根据第十届全国人民代表大会常务委员会第十一次会议《关于修改〈中华人民共和国证券法〉的决定》,对《证券法》做了个别条款的修正。2005年10月27日,第十届全国人民代表大会常务委员会第十八次会议对《证券法》做了大幅修订后重新颁布,自2006年1月1日起施行。

对于证券法的调整对象应从两个方面来理解：一是证券种类，股票、公司债券和国务院依法认定的其他证券归属证券法调整，证券期货、期权等衍生品种和政府债券不属于证券法的调整范围；二是证券行为类型，证券法既调整证券的发行也调整证券的交易，也就是说，证券法既调整发行市场也调整交易市场。

## 二、证券活动与证券管理原则

根据《证券法》的规定，在证券活动与证券管理中应坚持如下原则。

### 1. 公开、公平、公正的原则

又称“三公原则”，是维护投资者合法权益，保障证券市场健康发展的基本原则。它要求实现证券市场信息的公开化；要求证券发行、交易活动中的所有参与者都有平等的法律地位，各自的合法权益能够得到公平的保护；要求证券监督管理部门在公开、公平的基础上，对一切被监管对象给以公正待遇。

### 2. 自愿、有偿、诚实信用的原则

证券发行、交易活动的当事人具有平等的法律地位，应当遵守自愿、有偿、诚实信用的原则。自愿，指当事人按照自己的意愿参与证券发行和交易活动，依法行使自己的民事权利，任何人不得干涉，但必须以遵守国家法律、法规和不损害国家、集体和其他公民合法权益为前提。有偿，是指从事证券活动的民事法律关系的主体在从事民事活动中应按照价值规律的要求进行等价交换，除法律另有规定或合同另有约定者外，取得他人的财产利益或获得他人的服务必须向对方支付相应的价款或酬金。诚实信用，即不欺不骗、遵守诺言、实践成约，从而取得别人的信任，这是商业道德法律化的具体体现。

### 3. 政府统一监管与行业自律原则

《证券法》规定，国务院证券监督管理机构依法对全国证券市场实行集中统一监督管理。根据需要可以由它设立派出机构，按照授权履行监督管理职能。这样做的目的是为了能够公平、公正、高效、严格地发挥其监管作用，并能协调全国各证券市场，防止出现过度投机的混乱局面，有效地控制风险、保护投资者的利益、推动证券市场的健康发展。在国家对证券发行、交易活动实行集中统一监督管理的前提下，依法设立证券业协会，实行自律性管理。

### 4. 证券业与其他金融业分业经营、分业管理原则

《证券法》规定，证券业和银行业、信托业、保险业分业经营、分业管理。证券公司与银行、信托、保险业务机构分别设立。

### 5. 国家审计监督原则

根据《证券法》和《审计法》的规定，国家审计机关对证券交易所、证券公司、证券

登记结算机构、证券监督管理机构依法进行审计监督。这有利于保护投资者的利益，促进证券业的健康发展。

## 第二节 证券发行制度

### 一、证券发行的一般规定

《证券法》规定：“公开发行证券，必须符合法律、行政法规规定的条件，并依法报经国务院证券监督管理机构或者国务院授权的部门核准；未经依法核准，任何单位和个人不得公开发行证券。”

有下列情形之一的，为公开发行：

- (1) 向不特定对象发行证券；
- (2) 向累计超过 200 人的特定对象发行证券；
- (3) 法律、行政法规规定的其他发行行为。

非公开发行证券，不得采用广告、公开劝诱和变相公开方式。

发行人申请公开发行股票或可转换为股票的公司债权，依法采取承销方式的，或者公开发行法律、行政法规规定实行保荐制度的其他证券的，应当聘请具有保荐资格的机构担任保荐人。保荐人应当遵守业务规则和行业规范，诚实守信，勤勉尽责，对发行人的申请文件和信息披露资料进行审慎审核，督导发行人规范运作。



《证券法》主要对股票、公司债券的发行做出规定。

### 二、股票的发行

#### (一) 股票的概念和特征

股票是股份有限公司签发的证明股东所持股份的凭证，具有如下特征：

- (1) 股票是有价证券，代表持有者（即）股东对股份公司的股权。
- (2) 股票是要式证券，其制作和记载事项必须依法进行。随着电子计算机的采用，股票的发行与交易已逐渐实现无纸化模式。
- (3) 股票是无偿还期的证券。
- (4) 股票是一种高风险金融工具。

#### (二) 公开发行股票的条件及报送文件

根据《证券法》规定，设立股份有限公司公开发行股票，即首次申请公开发行股票，

应当符合《公司法》规定的条件和经国务院批准的证券监督管理机构规定的其他条件，并向国务院证券监督管理机构报送募股申请和下列文件：

- （1）公司章程；
- （2）发起人协议；
- （3）发起人姓名或者名称，发起人认购的股份数、出资种类及验资证明；
- （4）招股说明书；
- （5）代收股款银行的名称及地址；
- （6）承销机构名称及有关的协议。

依照《证券法》规定聘请保荐人的，应当报送保荐人出具的发行保荐书。法律、行政法规规定设立公司必须报经批准的，还应当提交相应的批准文件。

根据《证券法》规定，公司公开发行新股，应当符合下列条件：

- （1）具备健全且运行良好的组织机构；
- （2）具有持续盈利能力，财务状况良好；
- （3）最近3年内财务会计文件无虚假记载，无其他重大违法行为；
- （4）经国务院批准的国务院证券监督管理机构规定的其他条件。

公司公开发行新股，即增发新股，包括向社会公开募集和向原股东配售，应当向国务院证券监督管理机构报送募股申请和下列文件：

- （1）公司营业执照；
- （2）公司章程；
- （3）股东大会决议；
- （4）招股说明书；
- （5）财务会计报告；
- （6）代收股款银行的名称及地址；
- （7）承销机构名称及有关的协议。

公司公开发行股票所募集的资金，必须按照招股说明书所列资金用途使用。改变招股说明书所列资金用途的，必须经股东大会决议。擅自改变用途而未做纠正的，或者未经股东大会认可的，不得公开发行新股，上市公司也不得非公开发行新股。

### 三、发行公司债券的条件及报送文件

公开发行公司债券，应当符合下列条件：

- （1）股份有限公司的净资产额不低于人民币3 000万元，有限责任公司的净资产额不低于人民币6 000万元；

- (2) 累计债券余额不超过公司净资产额的 40%;
- (3) 最近 3 年平均可分配利润足以支付公司债券 1 年的利息;
- (4) 筹集的资金投向符合国家产业政策;
- (5) 债券的利率不得超过国务院限定的利率水平;
- (6) 国务院规定的其他条件。

公开发行公司债券筹集的资金，必须用于核准的用途，不得用于弥补亏损和非生产性支出。

申请公开发行公司债券，应当向国务院授权的部门或者国务院证券监督管理机构报送下列文件：

- (1) 公司营业执照;
- (2) 公司章程;
- (3) 公司债券募集办法;
- (4) 资产评估报告和验资报告;
- (5) 国务院授权的部门或者国务院证券监督管理机构规定的其他文件。

对于再次发行债券，《公司法》规定不得再次发行公司债券的情形有：① 前一次发行的公司债券尚未募足的；② 对已发行的公司债券或者其债务有违约或者延迟支付本息的事实，且仍处于继续状态的；③ 违反《证券法》规定，改变公开发行公司债券所募资金的用途。

## 四、证券的发行政程序

### （一）股票发行的申请与公告

《公司法》规定了发行股票必须具备的法定条件。公开发行股票，必须依照《公司法》规定的条件，报经国务院证券监督管理机构核准。公司向国务院证券监督管理机构申请核准时，应提交《公司法》规定的申请文件和国务院证券监督管理机构规定的有关文件。

文件内容必须真实、准确、完整。为证券发行出具有关文件的专业机构和人员，必须严格履行法定职责，保证其所出具文件的真实性、准确性和完整性。

公开发行股票的核准，由国务院证券监督管理机构设立的发行审核委员会依法进行。国务院证券监督管理机构应自受理股票发行申请文件之日起 3 个月内做出核准决定；不予核准的，应当做出说明。

股票发行经核准后，公司应当在公开发行前，公告公开发行募集文件，并将其置备于指定场所供公众查阅。



## （二）公司债券的发行与公告

《证券法》规定了发行公司债券必须具备的法定条件。公开发行公司债券，必须依照《证券法》规定的条件，报经国务院授权的部门审批。公司向国务院授权的部门申请审批时，应提交《证券法》规定的申请文件和国务院证券监督管理机构规定的有关文件。

文件内容必须真实、准确、完整。为证券发行出具有关文件的专业机构和人员，必须严格履行法定职责，保证其所出具文件的真实性、准确性和完整性。

国务院授权的部门在受理公司债券发行申请文件之日起3个月内做出审批决定；不予审批的，应当做出说明。

## （三）证券的承销

证券承销是指具有证券承销业务资格的证券公司接受证券发行人的委托，在法律规定或约定的时间范围内，利用自己的良好信誉和销售渠道，将拟发行的证券发售出去，并因此收取一定比例承销费用的一系列活动。证券公司应当依照法律、行政法规的规定承销发行人向社会公开发行的证券。证券承销业务采取包销或者代销方式。

证券包销是指证券公司将发行人的证券按照协议全部购入，或者在承销期结束时将售后剩余证券全部自行购入的承销方式。

证券代销是指证券公司代发行人发售证券，在承销期结束时，将未售出的证券全部退还给发行人的承销方式。

证券公司承销证券，应当对公开发行募集文件的真实性、准确性、完整性进行核查；发现含有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏的，不得进行销售活动；已经销售的，必须立即停止销售活动，并采取纠正措施。向社会公开发行的证券票面总值超过人民币5000万元的，应当由承销团承销。承销团应当由主承销和参与承销的证券公司组成。

证券的包销、代销期最长不得超过90日。证券公司在包销、代销期内，对所包销、代销的证券应当保证先行出售给认购人，证券公司不得为本公司事先预留所代销的证券和预先购入并留存所包销的证券。证券公司包销证券的，应当在包销期满后的15日内，将包销情况报国务院证券监督管理机构备案。证券公司代销证券的，应当在代销期满后的15日内，与发行人共同将证券代销情况报国务院证券监督管理机构备案。

# 第三节 证券交易制度

## 一、证券交易的一般规则

### 1. 证券交易的范围

按照《证券法》的规定，证券交易当事人依法买卖的证券，必须是依法发行并交付的

证券。非依法发行的证券，不得进行买卖；依法发行的证券，法律对其转让期限有限制性规定的，在规定期限内，不得买卖。

## 2. 证券交易的形式

经依法核准上市交易的股票、公司债券及其他证券，应当在上海或深圳两个证券交易所挂牌交易，并以现货进行交易。证券在证券交易所挂牌交易，应当采用公开的集中竞价交易方式，证券交易的集中竞价应当实行价格优先、时间优先的原则。

## 3. 对证券从业机构、人员的一般要求

（1）对证券从业机构的要求。《证券法》规定，证券公司不得从事向客户融资或者融券的证券交易活动。

证券交易所、证券公司、证券登记结算机构还必须依法为客户所开立的账户保密。证券交易的收费必须合理，并按照国务院有关管理部门的统一规定公开收费项目、收费标准和收费办法。

（2）对证券从业人员的要求。《证券法》规定：证券交易所、证券公司、证券登记结算机构从业人员、证券监督机构工作人员和法律、行政法规禁止参与股票交易的其他人员，在任期或者法定期限内，不得直接或者以化名、借他人名义持有、买卖股票，也不得收受他人赠送的股票。任何人在成为上述所列人员时，其原已持有的股票，必须依法转让。

为股票发行出具审计报告、资产评估报告或者法律意见书等文件的专业机构和人员，在该股票承销期内和期满后 6 个月内，不得买卖该种股票。

为上市公司出具审计报告、资产评估报告或者法律意见书等文件的专业机构和人员，自接受上市公司委托之日起至上述文件公开后 5 日内，不得买卖该种股票。

## 4. 对股东的一般要求

股东在证券交易活动中必须遵守“持股报告制度”，即股东持股比例达到法定比例时应当进行报告。《证券法》规定，持有一个股份有限公司已发行的股份 5% 的股东，应当在其持股数额达到该比例之日起 3 日内向国务院证券监督管理机构报告；属于上市公司的，应当同时向证券交易所报告。该股东将其所持有的该公司的股票在买入后 6 个月内卖出，或者在卖出后 6 个月内又买入，由此所得收益归该公司所有，公司董事会应当收回该股东所得收益。但是，证券公司因包销购入售后剩余股票而持有 5% 以上股份的，卖出该股票不受 6 个月时间限制。

# 二、证券上市

申请证券上市交易，应当向证券交易所提出申请，由证券交易所依法审核同意，并由双方签订上市协议。证券交易所可以依法做出对证券不予上市、暂停上市、终止上市的决

定，对证券交易所的上述决定不服的，可以向证券交易所设立的复核机构申请复核。

### （一）股票上市

国家鼓励符合产业政策并符合上市条件的公司股票上市交易。根据《证券法》的规定，股份有限公司申请其股票上市，应当符合下列条件：

- （1）股票经国务院证券监督管理机构核准已公开发行；
- （2）公司股本总额不少于人民币 3 000 万元；
- （3）公开发行的股份达到公司股份总数的 25%以上；公司股本总额超过人民币 4 亿元的，公开发行股份的比例为 10%以上；

- （4）公司在最近 3 年内无重大违法行为，财务会计报告无虚假记载。

证券交易所可以规定高于上述规定的上市条件，并报国务院证券监督管理机构批准。

申请股票上市交易，应当向证券交易所报送下列文件：

- （1）上市报告书；
- （2）申请股票上市的股东大会决议；
- （3）公司章程；
- （4）公司营业执照；
- （5）依法经会计师事务所审计的公司最近 3 年的财务会计报告；
- （6）法律意见书和上市保荐书；
- （7）最近一次的招股说明书；
- （8）证券交易所上市规则规定的其他文件。

上市公司丧失法律规定的上市条件的，其股票应当依法暂停上市或者终止上市。《证券法》规定，上市公司有下列情形之一的，由证券交易所决定暂停其股票上市交易：

- （1）公司股本总额、股权分布等发生变化不再具备上市条件；
- （2）公司不按照规定公开其财务状况，或者对财务会计报告做虚假记载，可能误导投资者；
- （3）公司有重大违法行为；
- （4）公司最近 3 年连续亏损；
- （5）证券交易所上市规则规定的其他条件。

上市公司有下列情形之一的，由证券交易所决定终止其股票上市交易：

- （1）公司股本总额、股权分布等发生变化不再具备上市条件，在证券交易所规定的期限内仍不能达到上市条件；
- （2）公司不按照规定公开其财务状况，或者对财务会计报告做虚假记载，且拒绝纠正；
- （3）公司最近 3 年连续亏损，在其后一个年度内未能恢复盈利；

- (4) 公司解散或者被宣告破产；
- (5) 证券交易所上市规则规定的其他情形。

股票终止上市的公司依照有关规定与中国证券业协会批准的证券公司签订协议，委托证券公司办理股份转让。

## (二) 债券上市

公司申请公司债券上市交易，应当符合下列条件：

- (1) 公司债券的期限为 1 年以上；
- (2) 公司债券实际发行额不少于人民币 5 000 万元；
- (3) 公司申请其债券上市时仍符合法定的公司债券发行条件。

申请公司债券上市交易，应当向证券交易所报送下列文件：

- (1) 上市报告书；
- (2) 申请公司债券上市的董事会决议；
- (3) 公司章程；
- (4) 公司营业执照；
- (5) 公司债券募集办法；
- (6) 公司债券的实际发行数额；
- (7) 证券交易所上市规则规定的其他文件。

公司债券上市交易后，公司有下列情形之一的，由证券交易所决定暂停其公司债券上市交易：

- (1) 公司有重大违法行为；
- (2) 公司情况发生重大变化不符合公司债券上市条件；
- (3) 公司债券所募集资金不按照核准的用途使用；
- (4) 未按照公司债券募集办法履行义务；
- (5) 公司最近 2 年连续亏损。

公司有上述第(1)项、第(4)项所列情形之一经查实后果严重的，或者有第(2)项、第(3)项、第(5)项所列情形之一，在限期内未能消除的，由证券交易所决定终止该公司债券上市交易。公司解散、依法被责令关闭或者被宣告破产的，由证券交易所终止其公司债券上市交易。

## (三) 信息公开

信息公开是指发行证券的上市公司按照法定要求将自身财务、经营等情况向证券监督管理部门报告，并向投资者公告的活动。

## 1. 应公告的信息内容

经国务院证券监督管理机构核准依法发行股票，或者经国务院授权的部门批准依法发行公司债券，依照公司法的规定，应当公告招股说明书、公司债券募集办法。依法发行新股或者公司债券的，还应当公告财务会计报告。公司公告的股票或者公司债券的发行和上市文件，必须真实、准确、完整，不得有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏。

股票或者公司债券上市交易的公司，应当在每一会计年度的上半年结束之日起 2 个月内向国务院证券监督管理机构和证券交易所提交中期报告并予以公告。

股票或者公司债券上市交易的公司，应当在每一会计年度结束之日起 4 个月内，向国务院证券监督管理机构和证券交易所提交年度报告并予以公告。

## 2. 重大事件公告

重大事件是指上市公司发生的、可能对上市公司股票交易价格产生较大影响、而投资者尚未得知的事件。

下列情况为重大事件：① 公司的经营方针和经营范围的重大变化；② 公司的重大投资行为和重大的购置财产的决定；③ 公司订立重要合同，而该合同可能对公司的资产、负债、权益和经营成果产生重要影响；④ 公司发生重大债务和未能清偿到期重大债务的违约情况；⑤ 公司发生重大亏损或者遭受超过净资产 10% 以上的重大损失；⑥ 公司生产经营的外部条件发生的重大变化；⑦ 公司的董事长，1/3 以上的董事，或者经理发生变动；⑧ 持有公司 5% 以上股份的股东，其持有股份情况发生较大变化；⑨ 公司减资、合并、分立、解散及申请破产的决定；⑩ 涉及公司的重大诉讼，法院依法撤销股东大会、董事会决议；⑪ 公司涉嫌犯罪被司法机关立案调查，公司董事、监事、高级管理人员涉嫌犯罪被司法机关采取强制措施；⑫ 法律、行政法规规定的其他事项。

## （四）禁止的交易行为

### 1. 内幕交易行为

内幕交易行为是指证券交易内幕信息的知情人员利用内幕信息进行证券交易的行为。所谓的知情人员是指由于某种原因能够接触或者获得内幕信息的人员；而内幕信息是指在证券交易活动中，凡涉及公司的经营、财务或者对该公司证券的市场价格有重大影响的、尚未公开的信息。《证券法》分别对内幕信息和知情人员的范围做了具体的规定。禁止进行内幕交易行为，是指知悉证券交易内幕信息的知情人员或者非法获取内幕信息的其他人员，不得买入或者卖出所持有的该公司的证券，不得泄露该信息，也不得建议他人买卖该证券。

### 2. 操纵市场行为

操纵市场是指单位或个人以获取利益或者减少损失为目的，利用其资金、信息等优势或者滥用职权影响证券市场价格，制造证券市场假象，诱导或者致使投资者在不了解事实

真相的情况下做出买卖证券的决定，扰乱证券市场秩序的行为。根据《证券法》的规定，禁止利用联合操纵、虚买虚卖、自买自卖等手段操纵证券市场。

3. 制造虚假信息行为

该类行为主要包括：国家工作人员、新闻传播媒介从业人员及其他有关人员编造并且传播虚假信息，严重影响证券交易的行为；证券从业人员、管理人员在证券交易中做出虚假陈述或信息误导的行为；传播媒介利用传播证券交易信息进行误导的行为。

4. 欺诈客户行为

在证券交易中，禁止证券公司及其从业人员从事下列损害客户利益的欺诈行为：① 违背客户的委托为其买卖证券；② 不在规定时间内向客户提供交易的书面确认文件；③ 挪用客户所委托买卖的证券或者客户账户上的资金；④ 私自买卖客户账户上的证券，或者假借客户的名义买卖证券；⑤ 为牟取佣金收入，诱使客户进行不必要的证券买卖；⑥ 其他违背客户真实意思表示，损害客户利益的行为。

5. 其他禁止的交易行为

在证券交易中，严禁法人以个人名义开立账户，买卖证券，禁止挪用公款买卖证券，国有企业和国有资产控股的企业，不得炒作上市交易的股票，等等。

禁止交易行为的对比见表 8-1。

表 8-1 禁止交易行为对比表

	行为主体	行为表现
内幕交易行为	内幕人员	利用内幕信息进行交易
操纵市场行为	有资金优势或职权的人	利用其资金、信息等优势或者滥用职权影响证券市场价格，制造证券市场假象，诱导或者致使投资者在不了解事实真相的情况下做出买卖证券的决定，扰乱证券市场秩序的行为
制造虚假信息行为	国家工作人员、监管机构及人员、中介机构及人员、新闻传播媒介的人员等	编造并且传播虚假信息，做虚假陈述或信息误导，严重影响证券交易的行为
欺诈客户行为	证券公司及其从业人员	① 违背客户的委托为其买卖证券；② 不在规定时间内向客户提供交易的书面确认文件；③ 挪用客户所委托买卖的证券或者客户账户上的资金；④ 私自买卖客户账户上的证券，或者假借客户的名义买卖证券；⑤ 为牟取佣金收入，诱使客户进行不必要的证券买卖

## 第四节 上市公司收购制度

### （一）上市公司的收购方式

上市公司的收购是指投资者公开收购股份有限公司已经依法发行上市的股份以达到对该股份有限公司控股或兼并目的的行为。根据我国《证券法》的规定，上市公司收购可以采取要约收购或者协议收购的方式。要约收购是指收购方通过向被收购公司的管理层和股东发出购买其所持该公司股份的书面意思表示，并按照其依法公告的收购要约中所规定的收购条件、收购价格、收购期限以及其他规定事项，收购目标股份的收购方式。它不必事先征得目标公司管理层的同意。协议收购是指收购人通过与目标公司的管理层或目标公司的股东反复磋商，达成书面转让股权的协议，并按照协议所规定的收购条件、收购价格、收购期限以及其他规定事项，收购目标公司股份的收购方式。

### （二）上市公司收购信息的披露

任何投资者直接或间接持有一个上市公司发行在外的股份达到一定比例时，或者达到该比例后持股数量变化又达到法定比例时，必须依法在规定的期限内，向国务院证券监督管理机构、证券交易所、被收购公司及社会公众予以披露。具体规定如下：

（1）当投资者持有一个上市公司已发行的股份的 5% 时，应当在该事实发生之日起 3 日内，向国务院证券监督管理机构、证券交易所做出书面报告，通知该上市公司，并予以公告；在上述规定的期限内，不得再行买卖该上市公司的股票。

（2）当投资者持有一个上市公司已发行的股份的 5% 后，通过证券交易所的证券交易，其所持该上市公司已发行的股份比例每增加或者减少 5% 时，应当依照法律规定进行书面报告和公告。在报告期限内和做出报告、公告后 2 日内，不得再行买卖该上市公司的股票。

（3）当投资者持有一个上市公司已发行的股份的 30% 时，投资者继续进行收购的，应当依法向该上市公司所有股东发出收购要约。但经国务院证券监督管理机构免除发出要约的除外。发出收购要约时，收购人必须先向国务院证券监督管理机构报送上市公司收购报告书。

（4）收购人在依照规定报送上市公司收购报告书之日起 15 日后，公告其收购要约。收购要约的期限不得少于 30 日，并不得超过 60 日。在此期限内，收购人不得撤回其收购要约。收购要约的期限届满，收购人持有的被收购公司的股份数达到该公司已发行的股份总数的 75% 以上的，该上市公司的股票应当在证券交易所终止上市交易。收购要约的期限届满，收购人持有的被收购公司的股份数达到该公司已发行的股份总数的 90% 以上的，其余仍持有被收购公司股票 的 股东，有权向收购人以收购要约的同等条件出售其股票，收购人

应当收购。

收购要约期满，收购要约人持有的普通股未达到该公司发行在外的普通股总数的 50% 时，为收购失败；收购要约人除发出新的收购要约外，其以后每年购买的该公司发行在外的普通股，不得超过该公司发行在外的普通股总数的 5%。

在上市公司收购中，收购人持有的被收购的上市公司的股票，在收购行为完成后的 12 个月内不得转让。

收购行为完成后，收购人应当在 15 日内将收购情况报告国务院证券监督管理机构和证券交易所，并予以公告。



要约收购的程序可归纳为：① 持股大户报告制度（达 5% 时）；② 持股大户每增减 5% 时报告；③ 要约收购的标准为 30%；④ 收购成功的标准为 50%；⑤ 终止交易的标准为 75%；⑥ 强制收购的标准为 90%。

## 第五节 证券机构

### （一）证券交易所

证券交易所是提供证券集中竞价交易的场所，我国的证券交易所是会员制的、不以营利为目的的法人。设立证券交易所由国务院证券监督管理机构审核，由国务院决定。设立证券交易所必须制定章程，同时，章程的制定和修改，必须经国务院证券监督管理机构批准。会员大会是证券交易所的最高权力机构，理事会是证券交易所的决策机构，每届任期 3 年。证券交易所设总经理 1 人，由国务院证券监督管理机构任免，总经理是证券交易所的法定代表人。

### （二）证券中介机构

#### 1. 证券公司

证券公司是指依照《公司法》和《证券法》的规定组建的从事证券经营业务的有限责任公司或者股份有限公司。证券公司分为两种：一是综合类证券公司，二是经纪类证券公司。其中，综合类证券公司可以经营证券经纪业务、证券自营业务、证券承销业务，以及国务院证券监督管理机构核定的其他证券业务。综合类证券公司必须将其经纪业务和自营业务分开办理，业务人员、财务账户均应分开，不得混合操作。客户的交易结算资金必须全额存入指定的银行，单独立户，严禁挪用客户交易结算资金。经纪类证券公司只能从事证券经纪业务。



## 2. 证券登记结算机构

证券登记结算机构是为证券交易提供集中的登记、托管与结算服务的中介服务机构，是不以营利为目的的法人单位。

## 3. 证券交易服务机构

（1）证券投资咨询机构。证券投资咨询机构是指为证券投资人提供证券投资分析、预测和建议等直接或间接有偿咨询服务的机构。

（2）证券资信评估机构。证券资信评估机构是对证券的资信进行评估、分析并划分等级的机构。

### （三）证券监督管理机构

我国《证券法》中所称国务院证券监督管理机构是指中国证券监督管理委员会。其主要职责有：依法制定有关证券市场监督管理的规章、规则，并依法行使审批或者核准权；依法对证券的发行、交易、登记、托管、结算进行监督管理；依法对证券发行人、上市公司、证券交易所、证券公司、证券登记结算机构等机构的证券业务活动进行监督管理；依法制定从事证券业务人员的资格标准和行为准则并监督实施；依法监督检查证券发行和交易的信息公开情况；依法对证券业协会的活动进行指导和监督；依法对违反证券市场监督管理法律、行政法规的行为进行查处；法律、行政法规规定的其他职责。

### （四）证券业协会

证券业协会是证券业的自律性组织，是社会团体法人。证券公司应当加入证券业协会。个人会员只限于证券市场管理部门有关领导以及从事证券研究及业务工作的专家，由协会根据需要吸收。

## 第六节 违反证券法的法律责任

为了严格规范证券的发行和交易，制裁扰乱证券市场的违法活动，防止过度投机，惩处违反证券管理的行为，《证券法》对下列行为做出了有关法律责任的规定：

- （1）擅自发行证券或者制作、公告虚假的发行文件的行为。
- （2）承销或代理买卖非法证券、非法买卖证券的行为。
- （3）内幕交易、操纵市场、欺诈客户的行为。
- （4）骗取证券业务许可或非法开设证券交易场所，证券登记、服务等机构，擅自设立证券公司的行为。
- （5）另立非法账户进行账外交易的行为。

(6) 证券公司或证券交易机构、证券监管机构及其从业人员的挪用、盗用客户保证金或证券,参与证券交易从中牟利等违法行为。

(7) 单位和个人挪用公款买卖证券的行为。

(8) 编造、传播谣言,扰乱证券市场的行为。

(9) 社会中介机构出具虚假报告或证明文件的行为。

(10) 证券监管机构工作人员徇私舞弊、玩忽职守、泄露证券交易内幕信息的行为及妨碍证券监管机构依法执行公务的行为。

对上述违法行为,法律分别规定了警告、给予行政处分、没收违法所得、罚款、责令改正、取消从业资格、吊销营业执照、责令关闭、构成犯罪的依法追究刑事责任等处罚措施。

当事人对证券监督管理机构或者国务院授权的部门处罚决定不服的,可以依法申请复议,或者依法直接向人民法院提起诉讼。

违反《证券法》规定,应当承担民事赔偿责任和缴纳罚款、罚金,其财产不足同时支付时,先承担民事赔偿责任。对证券发行、交易违法行为没收的违法所得和罚款,全部上缴国库。



## 思考题

1. 如何理解证券发行与交易的一般原则?
2. 试分析证券交易过程中禁止交易的行为。
3. 简述股票上市应具备的条件。
4. 简述公司债券上市应具备的条件。



## 案例分析题

1. 甲公司于 2006 年 1 月 5 日通过证券交易所的交易,持有乙上市公司已发行股份的 5%,甲公司于 1 月 10 日做出其持有乙公司股份已达 5%的公告,并在 1 月 5 日至 2 月 2 日继续连续买进乙公司的股份达 30%,甲公司准备继续收购乙公司股份,于是,甲公司于 2 月 2 日向国务院证券监督管理机构报送了上市公司收购报告书。甲公司于 2 月 25 日公告了收购要约,要约规定有效期为 25 天。

**要求:** 根据现行法规,回答下列问题。

（1）甲公司持有乙公司股份达 5% 时，进行公告的时间及在此时间内进行的活动是否合法，为什么？

（2）甲公司发出要约是否符合法律规定，为什么？

（3）如果要约期满，甲公司持股未达到乙上市公司发行在外的普通股总数的 50% 时，甲公司以后购买乙公司股票要受何限制？

（4）假设甲公司最终持股达到乙公司已发行股份的 75%、90% 时，分别会发生什么法律后果？

2. A 公司是一家注册资本 2 亿元的股份有限公司，2006 年 3 月 4 日，A 公司与某证券公司订立新股发行承销协议，由证券公司包销 A 公司股票 300 万股，每股面值 10 元，承销期为 2006 年 3 月 4 日至 6 月 20 日。承销协议同时订明：承销股票过程中，若由于发行股票的资料的准确性、完整性以及其他由于承销方过错引起的法律责任由承销方承担。证券公司在承销过程中发现 A 公司招股说明书及其有关宣传材料中有重大遗漏，即资产负债表中未列明欠国家税款计 89 万元。证券公司立即停止销售活动，同时和 A 公司协商重新制作招股说明书及宣传资料并发出要约。因重新制作发行宣传资料和停止股票销售活动而造成的损失共计 54 万元。

**要求：**根据现行法规，回答下列问题。

（1）依照我国《证券法》规定，证券公司承销证券，应对公开发行募集文件承担哪些责任？

（2）双方承销协议的约定有无不妥之处？为什么？

（3）因重新制作发行宣传资料和停止股票销售活动而造成的损失 54 万元应如何处理？

（4）如果 A 公司的新股发行规模为 600 万股，其他条件不变，则其承销方式应有何变化？

# 第九章 工业产权法律制度

## 本章目的和任务

通过本章学习，要求学生掌握专利权、商标权取得的条件，申请程序，权利内容与权利保护的有关规定；理解工业产权的概念、特征，工业产权的国际保护；了解工业产权的一般原理与基本制度，并能够运用所学知识分析解决实践中的具体问题。

## 本章要点

- 工业产权法律制度概述
- 专利法
- 商标法

## 第一节 工业产权法律制度概述

### 一、工业产权的概念和特征

工业产权是指人们依法对应用于商品生产和流通中的创造发明和显著标记等智力成果，在一定地区和期限内享有的专有权。按照《保护工业产权巴黎公约》的规定，工业产权包括发明、实用新型、外观设计、商标、服务标记、厂商名称、货源标记、原产地名称，以及制止不正当竞争的权利。在我国，工业产权主要是指专利权和商标专用权。

工业产权与版权统称为知识产权。

工业产权属于无形财产权，与有形财产权比较具有以下特征：

(1) 专有性。工业产权法律规定：智力成果的无形财产权专属于创造人或其所属单位，从而排除了他人享有同样权利的可能性。知识形态的无形财产与有形的物质财产不同，只要公开可以同时为许多人所占有和使用，并获得收益。为了保护创造人或其所属单位通过无形财产所取得的收益，专利法和商标法规定，工业产权是国家赋予专利权人和商标专用权人在有效期内，对发明创造和注册商标享有独占、使用、收益和处分的权利。未经专利权人和商标专用权人的许可，任何第三人不得使用，否则，即构成侵权行为，要

受到制裁。

（2）地域性。是指工业产权的空间限制。一个国家的专利法、商标法所保护的工业产权，除在一定情况下使用统一保护工业产权的国际公约以外，只在该国范围内有效，对其他国家不发生法律效力，即不发生域外效力。如果想在该国取得保护，必须依该国法律规定履行必要的程序，经批准后获得专利权和商标专用权。显然，有形的物质财产权则不受这种限制。

（3）时间性。是指工业产权的时间限制。工业产权的保护是有一定期限的，这就是专利权、商标专用权的有效保护期。法律规定的期限届满，工业产权的权利即自行终止。权利人丧失其专利权和商标专用权，这些工业产权就成为社会财富。有形的物质财产权不受时间限制，是伴随物质财产本身的存在而存在的。

## 二、工业产权法的概念和工业产权的国际保护

### （一）工业产权法的概念

工业产权法是调整国家确认、保护工业产权以及在工业产权的使用过程中而发生的各种社会关系的法律规范的总称。迄今为止，我国已相继颁布和实施了《中华人民共和国商标法》（以下简称《商标法》）、《中华人民共和国商标法实施细则》（以下简称《商标法实施细则》）、《中华人民共和国专利法》（以下简称《专利法》）、《中华人民共和国专利法实施细则》（以下简称《专利法实施细则》）等法律、法规。

### （二）工业产权的国际保护

各国政府经过谈判，在工业产权的不同领域订立了一系列的国际条约，以此促进各国科学技术的日益进步和工业生产的迅速发展，扩大各国之间的技术交流、技术合作和技术贸易。



#### 知识库

有关工业产权国际保护的世界性或地区性的国际条约很多，最主要的有《保护工业产权巴黎公约》、《专利合作公约》、《商标注册马德里协定》、《商标注册公约》等。此外，国际上还成立了政府间的国际机构——世界知识产权组织。《保护工业产权巴黎公约》是1883年在巴黎签订的，并经过多次修改。它有100多个成员国，是保护工业产权方面影响最大的国际公约。

我国第六届全国人民代表大会常务委员会第八次会议于1984年11月14日决定我国加入巴黎公约，自1985年3月19日起该公约对我国生效。它的主要原则和制度有以下3条：

（1）国民待遇原则。在工业产权的国际保护方面，每一缔约国必须把它给予本国国民

的待遇同等地给予其他缔约国国民；非缔约国国民如在缔约国内有住所或营业场所，也应得到同样的保护。

（2）优先权制度。缔约国国民第一次向一个缔约国提出专利或商标注册申请后，又在一定期限内就同一发明创造和商标向另一缔约国申请时，其第二次的申请日应视同第一次申请日。在优先权期限内，即使有任何第三人就相同的发明或商标提出申请或已实施了该发明或使用了该商标，申请人仍因享有优先权而获得专利权或商标专用权。

（3）独立性原则。各缔约国独立地视本国的法律规定是否给予专利权或商标专用权，不受该专利或商标专用权在其他缔约国规定的影响。就是说，同一发明创造或商标在一个成员国取得专利权或商标专用权，并不意味着在其他成员国也一定可以取得专利权或商标专用权；专利权或商标专用权在一个成员国被撤销或终止，也不意味着在其他成员国一定要被撤销或终止。

## 第二节 专利法

### 一、专利和专利法的概念

专利是专利权的简称。专利权是指按专利法的规定，由国家专利机关授予发明人、设计人或其所属单位，在一定期限内对某项发明创造成果享有的专有权利。专利也指受《专利法》保护的创造发明，一般包括发明、实用新型和外观设计 3 种专利。

专利还可以指专利文献，其重要部分为记载发明创造内容的专利说明书。

《专利法》是调整在确认和保护发明创造的专有权以及在利用专有的发明创造过程中产生的社会关系的法律规范的总称。



#### 相关链接

1984 年 3 月 12 日，第六届全国人民代表大会常务委员会第四次会议通过了《中华人民共和国专利法》，自 1985 年 4 月 1 日起实施。1992 年 9 月 4 日第七届全国人民代表大会常务委员会第二十七次会议通过了《关于修改〈中华人民共和国专利法〉的决定》，据此对原《专利法》做了修正，并于 1993 年 1 月 1 日起施行。《中华人民共和国专利法实施细则》于 2001 年 6 月 15 日修订，自 2001 年 7 月 1 日起施行。

《专利法》的颁布和实施，标志着我国保护发明创造的法律制度进入了一个新的历史时期，也是我国经济和科学技术体制的一项重大改革。

## 二、专利权的主体和客体

### （一）专利权的主体

专利权的主体，是指可以申请并取得专利权的单位和个人，享有专利权的单位和个人统称为专利权人。

（1）职务发明创造单位。即发明人、设计人所在的单位。企业、事业单位、社会团体、国家机关的工作人员执行本单位的任务或者主要是利用本单位的物质条件所完成的发明创造属职务发明。

职务发明创造申请专利的权利属于该单位。申请被批准后，全民所有制单位申请的，专利权归国家所有，由该单位持有；集体所有制单位、私营企业、中外合资经营企业、中外合作经营企业、外资企业申请的，专利权归该单位所有。

对于职务发明创造，专利权的所有单位或持有单位应根据发明创造的意义和实施后的经济效益，对发明人或设计人按其贡献的大小，给予奖金和报酬。

（2）非职务发明创造的发明人、设计人。非职务发明创造申请专利的权利属于发明人或设计人，申请被批准后，专利权归申请专利的发明人或设计人所有，任何单位和个人不得压制非职务发明创造。

（3）共同发明人、设计人。由两人或两人以上共同完成的发明创造，称为共同发明创造。完成该项发明创造的人，称为共同发明人或共同设计人。

### （二）专利权的客体

专利权的客体，是指专利法保护的对象，即依法可以获得专利法保护的发明创造。我国《专利法》所称的发明创造，是指发明、实用新型和外观设计。

（1）发明。《专利法》所称的发明，是指对产品、方法或者其改进所提出的新的技术方案。所以，发明又分为产品发明和方法发明。发明具有如下两个特征：① 发明是利用自然规律而进行的创造；② 发明是具体的技术方案。

发明和发现是两个截然不同的概念。发明是指所创造的产品或提出的生产方法是前所未有的；发现则是指揭示自然界已经存在但尚未被人们所认识的事物。

（2）实用新型。是指对产品的形状、构造或者两者的结合所提出的、适于实用的新的技术方案。实用新型具有如下特征：① 实用新型是一种新的技术方案；② 实用新型仅限于产品，不包括方法；③ 实用新型要求产品必须具有固定的形状、构造。

实用新型在一些国家被称为小发明。它与发明的主要区别在于：① 两者保护的范围不同。发明专利保护的范围宽于实用新型专利。发明既包括产品发明也包括方法发明，而实

用新型是指具有一定形状的物品发明。② 两者对创造性要求不同。实用新型同发明相比，对产品创造性要求较低。③ 两者的审查程序不同。发明专利既要求对发明专利申请进行形式审查，还要对发明专利的内容进行实质审查；而实用新型专利采用形式审查，即只审查形式而不审查实质内容。④ 两者的保护期限不同。发明专利的保护期限为 20 年；而实用新型专利的保护期限为 10 年。

（3）外观设计。是指对产品的形状、图案、色彩或者其结合以及色彩与形状、图案的结合所做出的富有美感并适于工业上应用的新设计。外观设计具有如下特征：① 外观设计必须与产品相结合；② 外观设计必须能在产业上应用；③ 外观设计富有美感。



外观设计同发明、实用新型的区别是：它只涉及美化产品的外表和形状，而不涉及产品的制造和设计技术。

### 三、专利权人的权利和义务

#### （一）专利权人的权利

（1）专利权人有自己实施其专利的权利，并排除其他任何人支配其专利的权利。

（2）专利权人有将自己的专利权转让给他人的权利。全民所有制单位转让专利权，必须经上级主管机关批准。中国单位或个人向国外转让专利权，须经国务院有关部门批准。转让专利权的当事人必须订立书面合同，转让经专利局登记和公告后生效。

（3）专利权人有许可他人实施其专利并收取使用费的权利。

（4）专利权人有在专利产品或者该产品的包装上标明专利标记和专利号的权利。

（5）专利权人在自己的专利权受到侵犯时，有请求专利管理机关进行处理，或者直接向人民法院起诉的权利。

（6）专利权人有权以书面声明形式放弃其专利权。

#### （二）专利权人的义务

专利权人有缴纳年费的义务。专利权人应从授予专利权的当年开始缴纳专利年费，不按规定缴纳年费的，专利权应予终止。职务发明创造取得专利后，作为专利权人的单位有向发明人或设计人给予报酬奖励的义务。

### 四、专利的申请和审批

#### （一）专利的申请

（1）专利申请和专利申请文件。申请发明和实用新型专利时，应向专利局递交申请书、



说明书、权利要求书、摘要。申请外观设计专利时，应当递交请求书以及该外观设计的图片和照片等文件，并应写明使用该外观设计的产品及其所属类别。

（2）先申请原则和确定申请日。我国对专利的申请采用的是先申请原则。即谁先申请专利权就授予谁。因此，确定专利申请日就非常重要，这是能否取得专利权的先决条件。确定专利申请日有几种情况：申请人直接递交文件的，以专利局收到专利申请文件之日为申请日；申请文件是邮寄的，以寄出的邮戳日为申请日；专利局收到的申请文件有欠缺的，以文件补齐之日为申请日。

（3）一项发明一件专利原则。一项发明一件专利原则是指每一项专利权只保护某一个具体的发明创造。按照专利法规定，一件发明或者实用新型专利申请应当限于一项发明或者实用新型。属于一个总的发明构思的两项以上的发明或者实用新型，可以作为一件申请提出。一件外观设计专利申请应当限于一种产品所使用的一项外观设计。用于同一类别并且成套出售或者使用的产品的两项以上的外观设计，可作为一件申请提出。

（4）优先权原则。申请人依照中国同外国签订的协议或者共同参加的国际条约，或者依照相互承认优先权的原则，可以享有优先权。

专利的申请还包括申请的撤回和修改。所谓申请的撤回是指申请人可以在被授予专利权之前随时撤回其专利申请。所谓专利申请的修改是指允许申请人对其申请进行修改，但对发明和实用新型专利申请文件的修改不得超出原说明书和权利要求书记载的范围，对外观设计专利文件的修改不得超出原图片或者照片表示的范围。

## （二）专利申请的审批

### 1. 发明专利的审批程序

我国对发明专利申请采用早期公开、延迟审查制。

（1）初步审查。初步审查也称形式审查，是指专利局对专利申请的形式条件进行的审查，如审查专利文件是否齐备、格式是否正确、申请的发明创造是否违反法律和社会公共利益、是否属于不能授予专利权的范围等。

（2）早期公开。专利局经初步审查认为符合专利法要求的，自申请之日起 18 个月，即行公布。专利局也可根据申请人的请求早日公布其申请。早期公开的内容包括申请人的姓名、地址、申请日期、说明书、摘要、权利要求书、申请号和国际专利分类等，刊登在专利局的专利公报上。

（3）实质审查。实质审查是指专利局依法对申请专利的发明是否具有新颖性、创造性和实用性等实质条件进行的审查。实质审查是应申请人的要求而进行的。申请人从申请日起三年内（要求优先权的，自优先权日起三年内）随时提出请求，对其申请进行实质审查；申请人无正当理由逾期不请求实质审查的，该申请即被视为撤回。在三年期限内，专利局

认为必要时，可以自行对发明专利申请进行实质审查。专利申请人有义务按专利局的要求办理手续。

（4）授予发明专利权。发明专利申请经实质审查没有发现有驳回理由的，专利局应当做出授予发明专利的决定。发给发明专利证书，并予以登记和公告。

## 2. 实用新型和外观设计的审批

实用新型和外观设计专利申请，经初步审查没有发现有驳回理由的，专利局应当做出授予实用新型专利权和外观设计专利权的决定，发给相应的专利证书并予以登记和公告。

自专利局公告授予专利权之日起 6 个月内，任何单位或个人认为该专利权的授予不符合规定的，都可以请求专利局撤销该专利权。专利局对撤销专利权的请求进行审查，做出撤销或维持专利权的决定，并通知请求人和专利权人。撤销专利权的决定，由专利局登记和公告。

### （三）专利权的复审

专利局设立专利复审委员会。对专利局驳回的申请决定不服的，或者对专利局撤销或者维持专利权的决定不服的，可以自收到通知之日起 3 个月内向专利复审委员会请求复审。专利复审委员会复审后，做出决定，并通知专利申请人、专利权人或撤销专利权的申请人。

发明专利的申请人、发明专利权人或者撤销专利权的请求人，对专利复审委员会的复审决定不服的，可以自收到通知之日起 3 个月内向人民法院起诉。专利复审委员会对申请人、专利权人或者撤销专利权人关于实用新型和外观设计的复审请求所做出的决定为终局决定。

## 五、授予专利权的条件

### 1. 授予发明和实用新型专利的条件

（1）新颖性。是指在申请日以前没有同样的发明或者实用新型在国内外出版物上公开发表过、在国内公开使用或者以其他方式为公众所知，也没有同样的发明或者实用新型由他人向专利局提出过申请并且记载在申请日以后公布的专利申请文件中。

（2）创造性。是指同申请日以前已有的技术相比，该发明有突出的实质特点和显著的进步，该实用新型有实质性特点和进步。

（3）实用性。是指该发明或实用新型能够在工业上制造或者使用，并且能够产生积极的效果。

### 2. 授予外观设计专利的条件

授予专利权的外观设计，应当与申请日以前在国内外出版物上公开发表过或者国内公

开使用过的外观设计不相同或者不相似。

## 六、专利权的期限、终止和无效

### 1. 专利权的期限

《专利法》规定，发明专利权的期限为 20 年，实用新型和外观设计专利权的期限为 10 年，均自申请日起计算。

### 2. 专利权的终止

专利权的终止是指专利权的失效，有两种情况：因期限届满而终止；专利权人未按照规定缴纳专利年费和以书面声明放弃其专利权而在期限届满前终止。

### 3. 专利权的无效

专利权的无效，是指专利复审委员会根据无效宣告请求对已授予的专利权审查后，认为该专利权的授予不符合法律规定而宣告其自始不存在。

自授予专利权之日起满 6 个月后，任何单位或个人认为该专利权的授予不符合《专利法》要求，都可以请求专利复审委员会宣告该专利无效。专利复审委员会对宣告专利权无效的请求进行审查，做出决定，并通知请求人和专利权人。宣告专利权无效的决定，由专利局登记和公告。对专利复审委员会上述涉及发明专利权的决定不服的，可以在收到通知之日起 3 个月内向人民法院起诉。专利复审委员会对宣告实用新型和外观设计专利权无效的请求所做出的决定为终局决定。

发明与实用新型的区别见表 9-1。

表 9-1 发明与实用新型的区别

	保护范围不同	创造性要求不同	审查程序不同	保护期限不同
发明	产品和方法，对发明没有形态上的要求	与现有技术相比，具有突出的实质性特点和显著进步	<ul style="list-style-type: none"><li>形式审查</li><li>实质审查</li></ul>	20 年
实用新型	仅限于产品，要求具有固定形态或构造	与现有技术相比，具有实质性特点和进步	<ul style="list-style-type: none"><li>形式审查</li></ul>	10 年

## 七、专利的实施

专利实施，是指专利权人或者他人为了生产经营目的制造、使用和销售专利产品或使用专利方法。专利的实施有以下几种情况：

（1）专利权人的实施。专利权人取得专利后，依照专利的性能，制造其产品，使用其

方法,以取得最大的经济效益。

(2) 许可他人实施。专利权人通过订立许可合同的方式,许可他人实施其专利,获得使用费。

(3) 依照国家需要指定实施。我国《专利法》第十四条规定,国务院有关主管部门和省、自治区、直辖市人民政府根据国家计划,有权决定本系统内或者所管辖的全民所有制单位持有的重要发明创造专利允许指定的单位实施,由实施单位按照国家规定向持有专利权的单位支付使用费。中国集体所有制单位和个人的专利,对国家利益或者公共利益具有重大意义,需要推广应用的,由国务院有关主管部门报国务院批准后,参照《专利法》关于全民所有制单位专利指定实施的规定办理。

(4) 强制许可实施。是指专利局在一定条件下,不需要经过专利权人的同意,准许其他单位和个人实施专利权人的专利的一种强制性法律手段。在以下情况出现时才给予强制许可:① 具备实施条件的单位以合理的条件请求发明或实用新型专利权人许可实施其专利,而未能合理的时间内获得这种许可时,专利局根据该单位的申请,可以给予实施该发明专利或实用新型专利的强制许可。② 在国家出现紧急状态或非常情况时,或者为了公共利益的目的,专利局可以给予实施发明专利或实用新型专利的强制许可。③ 一项取得专利权的发明或者实用新型比以前已经取得专利权的发明或者实用新型在技术上先进,其实施又依赖于前一发明或实用新型的实施的,专利局根据后一专利权人的申请,可以给予实施前一发明或者实用新型的强制许可。在依照上述规定给予实施强制许可的情形下,专利局根据前一专利权人的申请,也可以给予实施后一发明或者实用新型的强制许可。

自专利权被授予之日起满3年后,任何单位均可以依照专利法的有关规定,请求国务院专利行政主管部门给予强制许可。

## 八、专利权的保护

### 1. 专利侵权

专利侵权是指我国《专利法》保护的有效专利权遭到某种违法行为的侵害。专利侵权行为表现为,如果专利是一种产品,则是他人未经专利权人同意而制造、使用、销售了这种专利产品;如果专利是一种方法,则是他人未经专利权人同意而使用了这种方法以及使用、销售依照该专利方法直接获得的产品;对外观设计专利来说,是指未经专利权人许可,制造、销售外观设计专利产品的行为。此外,未经专利权人许可,进口其专利产品或者进口依照专利方法直接获得的产品,也侵犯了专利权人的权利。

专利权人发现侵权行为以后,可以请求专利管理机关处理。这里的专利管理机关是指国务院有关主管部门和省、市、自治区、经济特区人民政府设立的专利管理机关。专利管

理机关接到专利权人或利害关系人的请求后，应进行调查。如果发现侵权行为属实，专利管理机关有权责令侵权人停止其侵权行为并赔偿专利权人的损失。

对于专利管理机关的决定，专利权人或侵权人任何一方不服时，可以在收到通知之日起3个月内向人民法院起诉。如期满不起诉，该决定即具有法律效力，双方均有义务履行。如果一方不履行决定，专利管理机关可以请求人民法院强制执行。专利权人发现侵权行为后，还可以直接向人民法院起诉。

## 2. 专利犯罪

专利犯罪一是假冒专利罪；二是专利工作人员徇私枉法罪；三是发明人未经批准，擅自向国外申请专利泄露国家重要机密罪。与《专利法》保护最直接有关的是假冒专利罪。

依据我国《专利法》的规定，专利权人有权在其专利产品或者该产品的包装上标明专利标记和专利号。这是专利权人的标记权。如果他人未经专利权人许可，在非专利产品上或其包装上标明专利标记和专利号，这是假冒他人专利的侵权行为，情节严重的，就构成假冒他人专利罪。

# 第三节 商标法

## 一、商标和商标法的概念

商标是文字、图形、字母、数字、三维标志、色彩以及上述要素的组合，使用于一定的商品或者服务项目，用以区别商标使用者与同类商品的生产经营者或者同类服务业经营者的显著标记。简言之，商标就是商品的标志。对于商品生产者或经营者来说，商标具有排他性、标记性、地域性和竞争性的特征。

商标法是确认商标专用权，规定商标注册、使用、转让、保护和管理的法律规范的总称。它的作用主要是为了加强商标管理，保护商标专用权，促使生产者或经营者保证商品质量和服务质量，维护商标信誉，以保障消费者和生产、经营者的利益，促进社会主义市场经济的发展。



### 相关链接

1982年8月23日第五届人大常委会第二十四次会议通过了《中华人民共和国商标法》（以下简称《商标法》），于1983年3月1日起施行。1988年1月3日经国务院批准修订，同年1月13日国家工商行政管理局发布了《中华人民共和国商标法实施细则》（以下简称《实施细则》）；2001年10月27日第九届人大常委会第二十四次会议通过了《关于修改〈商标法〉的决定》，并同时于2001年12月1日起施行。

## 二、商标权的主体和客体

商标权是指商标所有人对其商标拥有的独占的、排他的权利。由于我国在商标权的取得方面实行的是注册原则，因此，商标权实际上是因商标所有人申请，经政府主管部门确认的专有权利，即因商标注册而产生的权利。

### （一）商标权的主体

商标权的主体是指通过法定程序，在自己生产、制造、加工、拣选、经销的商品或者提供的服务上享有商标专用权的人。根据《商标法》的规定，商标权的主体范围包括：自然人、法人或者其他组织。

两个以上自然人、法人或者其他组织可以共同向商标局申请注册同一商标，共同享有和行使该商标专用权。

### （二）商标权的客体

商标权的客体是指经商标局核准注册的商标，即注册商标。

申请注册的商标应当具备以下条件：① 商标应当具备显著性。《商标法》规定，申请注册的商标，应当有显著性，便于识别，并不得与他人在先取得的合法权利相冲突。② 商标应当符合可视性要求。

根据《商标法》的规定，下列标志不得作为商标使用：① 同中华人民共和国的国家名称、国旗、国徽、军旗、勋章相同或者近似的，以及同中央国家机关所在地特定地点的名称或者标志性建筑物的名称、图形相同的；② 同外国的国家名称、国旗、国徽、军旗相同或者近似的，但该国政府同意的除外；③ 同政府间国际组织的名称、旗帜、徽记相同或者近似的，但经该组织同意或者不易误导公众的除外；④ 与表明实施控制、予以保证的官方标志、检验印记相同或相近似的，但经授权的除外；⑤ 同“红十字”、“红新月”等的标志、名称相同或者近似的；⑥ 带有民族歧视性的；⑦ 夸大宣传并带有欺骗性的；⑧ 有害于社会主义道德风尚或者有其他不良影响的；⑨ 县级以上行政区划的地名或者公众知晓的外国地名，但是，地名具有其他含义或者作为集体商标、证明商标组成部分的除外。已经注册的使用地名的商标继续有效。

下列标志不得作为商标注册：仅有本商品的通用名称、图形、型号的，仅仅直接表示商品的质量、主要原料、功能、用途、重量、数量及其特点的，缺乏显著特征的，如果这些标志经过使用取得显著特征，并便于识别的，可以作为商标注册。

### 三、商标权人的权利和义务

#### （一）商标权人的权利

（1）商标专用权。商标专用权是指商标权人对其注册商标独占、专有的使用权，这是商标法的核心问题。

（2）商标转让权。注册商标是一种无形财产，商标权人有全部或部分地转让给他人的权利。转让注册商标，转让人和受让人应当共同向商标局提出申请。受让人应当保证使用该注册商标的商品质量。转让核准后，予以公告。

（3）使用许可权。使用许可权是指注册商标所有人享有通过签订使用许可合同，许可他人使用其注册商标的权利。许可人应当监督被许可人使用其注册商标的商品质量，被许可人应当保证使用该注册商标的商品质量。

许可他人使用注册商标的，被许可人必须在使用该注册商标的商品上标明其名称和商品产地。

商标使用许可合同应当报商标局备案。

（4）商标投资权。商标权人有权将其注册商标作价投资，投资作价由双方协商议定。

#### （二）商标权人的义务

（1）依法使用注册商标的义务。注册商标必须使用是商标权人的义务。连续三年停止使用，可撤销其注册商标。注册商标的使用必须正确，不得自行改变、私自转让或租借注册商标等。

（2）保证商品质量的义务。对注册商标的商品质量负责是商标权人的一项重要义务。

（3）标明“注册商标”字样或者标明注册商标标记®或®。在商品上不便标明的，应当在商品包装或者说明书以及其他附着物上标明。

（4）缴纳各项费用的义务。

### 四、商标注册的申请和审批

商标注册的申请和审批是指商标使用人将其使用的商标依照法定的注册条件、程序，向商标管理机构提出申请，经过商标局审核批准，载入商标注册簿，发给商标注册证，并予以公告，授予注册人以商标专用权的法律活动。

#### （一）商标注册的申请

##### 1. 商标注册申请的原则

（1）申请在先原则。两个或两个以上的申请人，先后在同一或类似商品或者服务上，

以相同或类似的商标申请注册的，商标权授予申请在先的人。申请先后的确认以申请日为准。两个或两个以上的申请人，在同一或类似商品或者服务上以相同或类似的商标在同一天申请注册的，商标权授予使用在先的人。对于使用在先的认定，由申请人自己在接到商标局通知后 30 日内提交第一次使用的日期的证明，同日使用或均未使用的，由各申请人进行协商，协商不成的，由商标局裁定。

（2）优先权原则。优先权原则是商标权取得程序中一项重要原则。根据《商标法》的规定，商标注册申请程序中优先权表现在两个方面：一是商标注册申请人自其商标在外国第一次提出商标注册申请之日起 6 个月内，又在中国就相同商品以同一商标提出商标注册申请的，依照该外国同中国签订的协议或者共同参加的国际条约，或者按照相互承认优先权原则，可以享有优先权。二是商标在中国政府主办的或者承认的国际展览会展出的商品上首次使用的，自该商品展出之日起 6 个月内，该商标的注册申请人可以享有优先权。

## 2. 商标注册申请的方法

① 按规定的商品分类表填报使用商品类别和商品名称。商品分类表是划分商品或服务类别并进行商标注册管理的重要依据。② 商标注册申请人在不同类别的商品上申请注册同一商标，应当按商品分类表提出注册申请。③ 注册商标需要在同一类的其他商品上使用的，应当另行提出注册申请。④ 注册商标需要改变其标志的，应当重新提出注册申请。⑤ 注册商标需要改变注册人的名称、地址或者其他注册事项的，应当提出变更申请。

### （二）商标注册的审查和核准

商标注册的审核，是商标主管机关就申请注册的商标是否符合商标法的规定所进行的一系列活动，主要包括形式审查、实质审查、公告核准阶段。对于争议的商标，还可能发生复审或者裁定。

#### 1. 形式审查

商标局收到商标注册申请文件后，应当首先进行形式审查。形式审查的内容主要包括：申请手续是否齐备；申请人是否具备申请资格；申请文件是否齐全，填写是否正确；是否按规定缴纳了申请注册费等。经过形式审查，凡符合规定的，商标局予以受理，编定申请号，发给受理通知书。对于申请手续不齐备或者未按规定填写申请文件的，予以退回，申请日期不予保留。对于申请手续和申请文件基本符合规定，但需要补正的，通知予以补正，在规定期限内补正的，保留申请日期；未在规定期限内补正的，予以退回，申请日期不予保留。

#### 2. 实质审查

商标局对受理的申请，依照《商标法》的规定进行实质审查。实质审查的内容主要包括：申请注册的商标是否具有显著特征，便于识别；申请注册的商标是否与已注册在相同或类似



商品或服务上的商标相同或近似；申请注册的商标是否违背商标法的禁止规定；等等。

### 3. 公告核准

申请注册的商标，凡符合《商标法》规定的，由商标局初步审定，予以公告。对于两个或两个以上的申请人，在同一商品或类似商品上，以相同的商标或近似的商标申请注册的，初步审定和公告的是最先提出申请的商标。对同一天申请的，初步审定和公告的是使用在先的商标，驳回其他人的申请，不予公告。申请注册的商标，凡不符合法律规定的，由商标局驳回申请，不予公告。

### 4. 复审或者裁定

对驳回申请、不予公告的商标，商标局应当书面通知商标注册申请人。商标注册申请人不服的，可在收到通知书之日起 15 日内，请求商标局商标评审委员会进行复查审议。商标评审委员会经过复审后，做出终局决定并书面通知申请人。申请人理由成立时，即认为初步审定通过并予公告，申请人理由不成立时，维持原决定。

对初步审定的商标，自公告之日起 3 个月内任何人都可以提出异议。如果 3 个月内无异议，或虽有异议，但异议不成立的，给予核准注册，将核准的商标及核准注册的有关事项记录在《商标注册簿》上，发给注册人商标注册证，并予公告。经裁定异议成立的，不予核准注册。这种两次公告的办法虽然增加手续，延长时间，但可减少商标争议，有利于保护商标专用权，也符合国际惯例。经过商标局核准注册并登在商标公告上的商标称为注册商标。

## 五、注册商标的续展、转让和使用许可

### （一）注册商标的续展

注册商标的续展是指在注册商标有效期届满时，需要继续使用该注册商标的，经过法定手续延长该注册商标专用权的有效期。在我国，注册商标的专用权具有时间性。我国《商标法》规定，注册商标的有效期为 10 年，自核准注册之日起计算。注册商标有效期满，需要继续使用的，应当在期满前 6 个月内申请续展注册；在此期间未能提出申请的，可以给予 6 个月的宽展期。宽展期满仍未提出申请的，注销其注册商标。

每次续展注册的有效期为 10 年，续展期满后仍可持续展。续展注册经核准后，予以公告。

### （二）注册商标的转让

注册商标的转让是指注册商标所有人按一定的程序将注册商标的专用权转让给其他人的行为。注册商标转让后，原注册商标所有人不再享有注册商标的专用权，受让人成为该注册商标的所有人，享有商标专用权。我国《商标法》规定，转让注册商标的，转让人

与受让人应该共同向商标局提出申请，提交转让注册商标申请书，并交回原注册证，经商标局确认申请手续齐备的，予以受理。经商标局核准后，将原证加注发给受让人并予以公告。

### （三）注册商标的使用许可

注册商标的使用许可是指注册商标的所有人将其注册商标通过签订商标使用许可合同，许可他人使用其注册商标，同时收取一定的许可使用费。注册商标的使用许可应当符合下列条件：① 许可人是被许可的注册商标的所有人或者有充分处置权人；② 被许可人有生产使用许可的商品的资格；③ 使用许可的商标在法律保护的期限内，且使用许可期限不得超过注册商标的有效期限；④ 使用许可的商品在该注册商标核定使用的商品范围内；⑤ 使用许可的商标与注册商标一致。

许可人应当监督被许可人使用其注册商标的商品质量，被许可人应当保证使用该注册商标的商品质量标准。经许可使用他人注册商标的必须在使用该注册商标的商品上标明被许可人的名称和商品产地。商标使用许可合同应当报商标局备案。

## 六、注册商标专用权的保护

注册商标专用权的保护范围，以核准注册的商标和核定使用的商品为限。

凡是侵害他人注册商标专用权的行为是商标侵权行为。其中包括以下几种情况：

- （1）未经注册商标所有权人的许可，在同一种商品或者类似商品上使用与其注册商标相同或者相近似的商标的；
- （2）销售侵犯注册商标专用权商品的；
- （3）伪造、擅自制造他人注册商标标志或者销售伪造、擅自制造的注册商标标志的；
- （4）未经商标注册人同意，更换其注册商标并将该更换商标的商品对外投入市场的；
- （5）给他人的注册商标专用权造成其他损害的。

凡有以上几种情况发生，引起纠纷的，由当事人协商解决；不愿协商或协商不成的，商标注册人或利害关系人可以向人民法院起诉，也可以请求工商行政管理部门处理。有关工商行政管理部门处理时，认定侵权行为成立的，责令立即停止侵权行为，没收、销毁侵权商品和专门用于制造侵权商品、伪造注册商标标志的工具并处以罚款。侵犯商标专用权的赔偿数额，为侵权人在侵权期间因侵权所获得的利益，或者被侵权人在侵权期间所受到的损失，包括被侵权人为制止侵权行为所支付的合理开支。当事人对工商行政管理部门的处理决定不服的，可以在收到通知 15 日内，向人民法院起诉。期满不起诉又不履行的，由有关工商行政管理部门申请人民法院强制执行。



对侵犯注册商标专用权的行为，工商行政管理部门有权依法查处；涉嫌犯罪的，应当及时移送司法机关依法处理。



## 思考题

1. 什么是工业产权？工业产权具有哪些法律特征？
2. 专利权的取得条件有哪些？
3. 试述专利侵权行为及专利权的保护。
4. 试述商标侵权行为及处理。



## 案例分析题

1. 日本夏普公司已于1996年1月10日在我国申请微波炉外观设计专利，并于同年4月30日由我国专利局授予专利权。广州微波炉厂于1996年6月向我国专利复审委员会提出宣告该项专利无效的请求。原因是日本1994年9月20日出版的刊物已刊出5幅微波炉外观设计的照片，特别是松下公司的“鹰”牌和“鹤”牌的外观设计与夏普公司的相似，因而根据我国《专利法》的规定，夏普公司的微波炉外观设计属于公知范畴，专利复审委员会受理请求人的申请后，便于1997年1月将无效宣告请求书的副本和有关文件副本送达夏普公司，要求该公司于3个月内陈述意见，夏普公司未加理会，同年6月5日专利复审委员会向双方当事人发出无效宣告请求的审查通知书，要求双方在3个月内提交答复意见，夏普公司在上述规定的期限内仍未做出答复。

**要求：**根据法规，回答下列问题。

- (1) 广州微波炉厂能否对夏普公司的微波炉外观设计提出无效宣告申请？
- (2) 根据题中情况，专利复审委员会对此应如何处理？为什么？

2. 某市第一皮鞋厂生产一种注册商标为“耐力”牌皮鞋，畅销于西欧地区一些国家。同一城市的第二皮鞋厂，随后也推出了商标图案与前者极相似但未经注册的“耐力”牌皮鞋，并且质地优于前者也出口到西欧地区一些国家，严重影响了前者的出口，使其损失正常应得利润80万美元。于是前者派人与后者交涉，要求后者立即停止此种行为。后者不但不予停止，反而声称这是以质取胜的正当竞争。无奈，前者向工商行政管理部门要求处理。

**问：**该市工商行政管理部门应依法做出怎样处理？为什么？

3. 2006 年 3 月, 北京工人甲在业余时间独立完成了一项实用新型产品。4 月 15 日甲将该实用新型产品在我国主办的北京国际发明展览会上展出(系首次)。5 月 4 日, 甲向专利局提交了专利申请文件。

在昆明, 丙厂技术员乙于 2006 年 4 月 2 日独立完成了工厂交给的开发同一实用新型产品的任务, 并于 5 月 2 日向专利局邮寄了专利申请文件, 丙厂认为该专利申请权应属厂方, 故于 5 月 3 日向专利局邮寄了专利申请文件。专利局分别于 5 月 9 日、5 月 10 日收到乙、丙的申请文件。

**要求:** 根据法规, 回答下列问题。

- (1) 甲、乙、丙中哪些人有专利申请权? 为什么?
- (2) 专利局对这些申请该如何处理? 为什么?

# 第十章 消费者权益保护法律制度

## 本章目的和任务

通过本章学习，要求学生掌握消费者的权利，经营者的义务，国家与社会对消费者合法权益的保护；理解争议的解决办法和法律责任的确定；了解消费者权益保护法的概念和特点，并且能够利用本章所学的法律知识解决实践中的具体问题。

## 本章要点

- 消费者权益保护法的概念、特点及适用对象
- 消费者的权利
- 经营者的义务
- 国家与社会对消费者合法权益的保护
- 争议的解决和法律责任的确定

## 第一节 消费者权益保护法概述

### （一）消费者权益保护法的概念及特点

#### 1. 消费者权益保护法的概念

消费者是指为了生活需要购买、使用商品或者接受服务的个体社会成员。

消费者权益保护法是调整在保护公民消费权益的过程中所产生的社会关系的法律规范的总称。



#### 相关链接

一般情况下，我们所说消费者权益保护法是指 1993 年 10 月 31 日全国人大常委会通过的《中华人民共和国消费者权益保护法》，该法于 1994 年 1 月 1 日起施行。

#### 2. 消费者权益保护法的特点

（1）《消费者权益保护法》专章规定了消费者的权利，却没有规定相应的义务（当然不

等于说消费者没有义务),表明了该法以保护消费者权益为己任,有向消费者利益适当倾斜的特点。

(2)《消费者权益保护法》强调经营者与消费者处于平等地位。该法第四条特别规定,经营者与消费者进行交易,应当遵守自愿平等、公平、诚实信用的原则。

(3)《消费者权益保护法》列举的消费者权利有9项之多,体现出较高的保护水平,即使与一些发达国家相比,也丝毫不逊色。

(4)法律规范的综合性。消费者权益保护问题涉及的范围很广,包括产品质量、商品检验、价格、广告、安全、卫生和计量等方面,因而法律规范调整的范围涉及国家对经济活动管理的许多方面。

(5)法律责任的社会性。保护消费者合法权益是全社会的共同责任。国家鼓励、支持一切组织和个人对损害消费者合法权益的行为实行社会监督。

## (二) 消费者权益保护法的适用对象

消费者权益保护法的适用对象是指该法效力所及的时间、空间和主体的范围。我国的消费者权益保护法在其从生效到废止这段期间,对于中华人民共和国主权所及的全部领域都是适用的,这是一般的法理。

此外,我国《消费者权益保护法》还从主体及其行为的角度规定了该法的适用范围,即消费者为生活消费需要购买、使用商品或者接受服务,其权益受该法保护;经营者为消费者提供其生产、销售的商品或者提供服务,应当遵守该法;对于上述具体情况该法未做规定的,应当适用其他有关法律、法规的规定。另外,农民购买、使用直接用于农业生产的生产资料,亦应参照该法执行。

## (三) 消费者权益保护法的原则

消费者权益保护法的基本原则依不同的标准可以有不同的概括,但一般说来,应主要包括以下原则:一是尊重和保障人权原则;二是保障社会经济秩序原则;三是依法进行交易的原则。

我国《消费者权益保护法》第三条至第六条分别规定了该法的下列四项原则:① 经营者应当依法提供商品或者服务的原则;② 经营者与消费者进行交易应当遵循自愿、平等、公平、诚实信用的原则;③ 国家保护消费者的合法权益不受侵犯的原则;④ 一切组织和个人对损害消费者合法权益的行为进行社会监督的原则。

## 第二节 消费者的权利

我国《消费者权益保护法》专门规定了消费者的权利。依据该法的规定,消费者的权

利主要包括以下内容。

### （一）保障安全权

保障安全权是消费者最基本的权利，它是消费者在购买、使用商品和接受服务时所享有的保障其人身、财产不受损害的权利。由于消费者取得商品和服务是用于生活消费，因此，商品和服务必须绝对安全可靠，必须绝对保证商品和服务的质量不会损害消费者的生命与健康。消费者依法有权要求经营者提供的商品和服务必须符合保障人身、财产安全的要求。

### （二）知悉真情权

知悉真情权或称了解权、知情权，即消费者享有知悉其购买使用的商品或者接受的服务的真实情况的权利。依据该法规定，消费者有权根据商品或者服务的不同情况，要求经营者提供商品的价格、产地、生产者、用途、性能、规格、等级、主要成分、生产日期、有效期限、检验合格证明、使用方法说明书、售后服务，或者服务的内容、规格、费用等有关情况。唯有如此，才能保障消费者在与经营者签约时做到知己知彼，并表达其真实的意思。

### （三）自主选择权

自主选择权是指消费者享有自主选择商品或者服务的权利，该权利包括以下几个方面：① 自主选择提供商品或者服务的经营者的权利；② 自主选择商品品种或者服务方式的权利；③ 自主决定购买或者不购买任何一种商品、接受或者不接受任何一项服务的权利；④ 在自主选择商品或服务时所享有的进行比较、鉴别和挑选的权利。

### （四）公平交易权

消费者享有公平交易的权利，该权利是指消费者在购买商品或者接受服务时所享有的获得质量保障和价格合理、计量正确等公平交易条件的权利。为了保障消费者的公平交易权的实现，必须依反垄断法和反不正当竞争法等对劣质销售、价格不公、计量失度等不公平交易行为加以禁止。此外，消费者还有权拒绝经营者的强制交易行为，这与消费者权益保护法的基本原则的要求也是一致的。

### （五）依法求偿权

依法求偿权是指消费者在因购买、使用商品或者接受服务受到人身、财产损害时，依法享有的要求并获得赔偿的权利。依法求偿权是弥补消费者所受损害的必不可少的救济性权利。

### （六）依法结社权

依法结社权是指消费者享有的依法成立维护自身合法权益的社会团体的权利。政府对合法的消费者团体不应加以限制，并且，在制定有关消费者方面的政策和法律时，还应向消费者团体征求意见，以求更好地保护消费者能够从分散、弱小走向集中和强大，并通过集体的力量来改变自己的弱者地位，以与实力雄厚的经营者相抗衡。因此，对消费者的依法结社权必须予以保障。

### （七）获得相关知识权

求教获知权，或称受教育权、获取知识权，是从知悉真情权中引申出来的一种消费者权利，它指的是消费者所享有的获得有关消费和消费者权益保护方面的知识的权利，保障这一权利的目的在于使消费者更好地掌握所需商品或者服务的知识和使用技能，以使其正确使用商品、提高自我保护意识。应当说，接受教育，获取相关知识，提高自我保护能力，既是消费者的权利，也是消费者的义务。

### （八）维护尊严权

维护尊严权是指消费者在购买、使用商品和接受服务时所享有的其人格尊严、民族风俗习惯得到尊重的权利。尊重消费者的人格尊严和民族习俗，是社会文明进步的表现，也是尊重和保障人权的重要内容。

### （九）监督批评权

依据我国《消费者权益保护法》的规定，消费者享有对商品和服务以及保护消费者权益工作进行监督的权利。此外，消费者有权检举、控告侵害消费者权益的行为和国家机关及其工作人员在保护消费者权益工作中的违法失职行为，有权对保护消费者权益工作提出批评、建议。

上述九项消费者权利是消费者权益保护法的主要保护对象，为了保障消费者权利的实现，经营者、国家和社会都要履行相应的义务，否则就要承担相应的法律责任，对此本章将在下面几节中加以介绍。

## 第三节 经营者的义务

依据我国《消费者权益保护法》规定，在保护消费者权益方面，经营者负有下列义务。



### （一）依法定或约定履行义务

经营者向消费者提供商品或者服务，应当依照《中华人民共和国产品质量法》和其他有关法律、法规的规定履行义务，即经营者必须依法履行义务。双方有约定的，应按照约定履行义务，但双方约定不得违法。

### （二）听取意见和接受监督

经营者应当听取消费者对其提供的商品或者服务的意见，接受消费者的监督。这是与消费者的监督批评权相对应的经营者的义务，对此加以法律规定对于改善消费者的地位是很有裨益的。

### （三）保障人身和财产安全

这是与消费者的保障安全权相对应的经营者的义务。经营者应当保证其提供的商品或者服务符合保障人身、财产安全的要求。对可能危及人身、财产安全的商品和服务，应当向消费者做出真实的说明和明确的警示，并说明和标明正确使用商品或者接受服务的方法以及防止危害发生的方法。

经营者发现其提供的商品或者服务存在严重缺陷，即使正确使用商品或者接受服务仍然可能对人身财产安全造成危害的，应当立即向有关行政部门报告和告知消费者，并采取防止危害发生的措施。

### （四）不做虚假宣传

这是与消费者的知悉真情权相对应的经营者的义务。经营者应当向消费者提供有关商品或者服务的真实信息，不得做引人误解的虚假宣传，否则即构成侵犯消费者权益的行为和不正当竞争行为。

此外，经营者对消费者就其提供的商品或者服务的质量和使用寿命等具体问题提出的询问，应当做出真实、明确的答复。在价格标示方面，商店提供商品应当明码标价。

### （五）出具相应的凭证和单据

经营者提供商品或者服务，应当按照国家有关规定或者商业惯例向消费者出具购货凭证或者服务单据；消费者索要购货凭证或者服务单据的，经营者必须出具。由于购货凭证或者服务单据具有重要的证据价值，对于界定消费者和经营者的权利义务亦具有重要意义，因此，明确经营者出具相应的凭证和单据的义务，有利于保护消费者权益。

### （六）提供符合要求的商品或服务

经营者应当保证在正常使用商品或者提供服务的情况下说明其提供的商品或者服务应

当具有的质量、性能、用途和有效期限；但消费者在购买该商品或者接受该服务前已经知道其存在瑕疵的除外。

此外，经营者以广告、产品说明、实物样品或者其他方式表明商品或者服务的质量状况的，应当保证其提供的商品或者服务的实际质量与表明的质量状况相符。

#### （七）不得从事不公平、不合理的交易

为了保障消费者的公平交易权，经营者不得以格式合同、通知、声明、店堂告示等方式做出对消费者不公平、不合理的规定，或者减轻、免除其损害消费者合法权益应当承担的民事责任。

此外，格式合同、通知、声明、店堂告示等含有对消费者做出的不公平、不合理的规定，或者减轻、免除经营者损害赔偿责任等内容的，其内容无效。

#### （八）不得侵犯消费者的人身权

消费者的人身权是其基本人权，消费者的人身自由、人格尊严不受侵犯。经营者不得对消费者进行侮辱、诽谤，不得搜查消费者的身体及其携带的物品，不得侵犯消费者的人身自由。

### 第四节 国家与社会对消费者合法权益的保护

#### （一）国家对消费者合法权益的保护

依据我国《消费者权益保护法》第四章的规定，国家对消费者合法权益的保护主要体现在以下几个方面。

##### 1. 立法机关的保护

国家在制定有关消费者权益的法律、法规时，应当听取消费者的意见和要求。此外，立法机关在把消费者政策上升为法律时，也应听取消费者的意见和要求。

##### 2. 行政机关的保护

各级人民政府应当加强领导，组织、协调、督促有关行政部门做好保护消费者合法权益的工作。各级人民政府应当加强监督，预防危害消费者人身、财产安全行为的发生，及时制止危害消费者人身、财产安全的行为。

各级人民政府、工商行政管理部门和其他有关行政部门应当依照法律、法规的规定，在各自的职责范围内，采取措施，保护消费者的合法权益。此外，有关行政部门应当听取消费者及其社会团体对经营者交易行为、商品和服务质量问题的意见，及时调查处理。



对违法犯罪行为有惩处权力的有关国家机关，应当依照法律法规的规定，惩处经营者在提供商品和服务中侵害消费者合法权益的违法犯罪行为，以切实保护消费者的合法权益。

### 3. 人民法院的保护

人民法院应当采取措施，方便消费者提起诉讼。对于符合《中华人民共和国民事诉讼法》起诉条件的消费者权益争议，人民法院必须受理，并应及时审理，以使消费者权益争议尽快得到解决。

#### （二）社会对消费者合法权益的保护

保护消费者的合法权益是全社会的共同责任，国家鼓励、支持为了一切组织和个人对损害消费者合法权益的行为进行社会监督。为了更好地保护消费者权益，大众传播媒介尤其应当做好维护消费者合法权益的宣传，对损害消费者合法权益的行为进行有效的舆论监督。我国《消费者权益保护法》第五章专门对消费者组织做了明文规定。

依据该法规定，消费者协会和其他消费者组织是依法成立的对商品和服务进行社会监督的保护消费者合法权益的社会团体，它们不得从事商品经营和营利性服务，不得以牟利为目的来向社会推荐商品和服务。

消费者协会必须依法履行其职能，各级人民政府对消费者协会履行职能应当予以支持。消费者协会履行下列职能：

- （1）向消费者提供消费信息和咨询服务；
- （2）参与有关行政部门对商品和服务的监督、检查；
- （3）就有关消费者合法权益的问题，向有关行政部门反映、查询，提出建议；
- （4）受理消费者的投诉，并对投诉事项进行调查、调解；
- （5）投诉事项涉及商品和服务质量问题的，可以提请鉴定部门鉴定，鉴定部门应当告知鉴定结论；
- （6）就损害消费者合法权益的行为，支持受损害的消费者提起诉讼；
- （7）对损害消费者合法权益的行为，通过大众传播媒介予以揭露、批评。

## 第五节 争议的解决和法律责任的确定

### 一、争议的解决

#### （一）争议的解决途径

依据我国《消费者权益保护法》的规定，消费者和经营者发生消费者权益争议的，可

以通过下列途径解决：

- (1) 与经营者协商和解；
- (2) 请求消费者协会调解；
- (3) 向有关行政部门申诉；
- (4) 根据与经营者达成的仲裁协议提请仲裁机构仲裁；
- (5) 向人民法院提起诉讼。

## (二) 最终承担损害赔偿责任的主体的确定

### 1. 由生产者、销售者、服务者承担

(1) 消费者在购买、使用商品时，其合法权益受到损害的，可以向销售者要求赔偿。销售者赔偿后，属于生产者的责任或者属于向销售者提供商品的其他销售者的责任的，销售者有权向生产者或者其他销售者追偿。

(2) 消费者或者其他受害人因商品缺陷造成人身、财产损害的，可以向销售者要求赔偿，也可以向生产者要求赔偿。属于生产者责任的，销售者赔偿后，有权向生产者追偿。属于销售者责任的，生产者赔偿后，有权向销售者追偿。

(3) 消费者在接受服务时，其合法权益受到损害的，可以向服务者要求赔偿。

(4) 消费者在展览会、租赁柜台购买商品或者接受服务，其合法权益受到损害的，可以向销售者或者服务者要求赔偿。展览会结束或者柜台租赁期满后，也可以向展览会的举办者、柜台的出租者要求赔偿。展览会的举办者、柜台的出租者赔偿后，有权向销售者或者服务者追偿。

### 2. 由变更后的企业承担

消费者在购买、使用商品或者接受服务时，其合法权益受到损害，因原企业分立、合并的，可以向变更后承受其权利义务的企业要求赔偿。

### 3. 由营业执照的使用人或持有人承担

使用他人营业执照的违法经营者提供商品或者服务，损害消费者合法权益的，消费者可以向其要求赔偿，也可以向营业执照的持有人要求赔偿。

### 4. 由从事虚假广告行为的经营者和广告的经营者承担

消费者因经营者利用虚假广告提供商品或者服务，其合法权益受到损害的，可以向经营者要求赔偿。广告的经营者发布虚假广告的，消费者可以请求行政主管部门予以惩处。广告的经营者不能提供经营者的真实名称、地址的，应当承担赔偿责任。

## 二、法律责任的确定

### （一）民事责任的确定

#### 1. 关于承担民事责任的概括性规定

经营者提供商品或者服务有下列情形之一的，除《消费者权益保护法》另有规定的以外，应当按照《中华人民共和国产品质量法》和其他有关法律、法规的规定，承担民事责任。

- （1）商品存在缺陷的；
- （2）不具备商品应当具备的使用性能而在出售时未做说明的；
- （3）不符合在商品或者其包装上注明采用的商品标准的；
- （4）不符合商品说明、实物样式等方式表示的质量状况的；
- （5）生产国家明令淘汰的商品或者销售失效、变质的商品的；
- （6）销售的商品数量不足的；
- （7）服务的内容和费用违反约定的；
- （8）对消费者提出的修理、重做、更换、退货、补足商品数量、退还货款和服务费用或者赔偿损失的要求，故意拖延或者无理拒绝的；
- （9）法律、法规规定的其他损害消费者权益的情形。

#### 2. 侵犯人身权的民事责任的专门规定

我国《消费者权益保护法》对侵犯人身权的民事责任做了专门的规定，其主要内容如下：

（1）经营者提供商品或者服务，造成消费者或者其他受害人人身伤害的，应当支付医疗费、治疗护理费、因误工减少的收入等费用；造成残疾的，还应当支付残疾者生活自助用具费、生活补助费、残疾赔偿金以及由其抚养的人所必需的生活费等费用。

（2）经营者提供商品或者服务，造成消费者或者其他受害人死亡的，应当支付丧葬费、死亡赔偿金以及由死者生前抚养的人所必需的生活费等费用。

（3）经营者侵害消费者的人格尊严或者侵犯消费者人身自由的，应当停止侵害、恢复名誉、消除影响、赔礼道歉，并赔偿损失。

#### 3. 侵犯财产权的民事责任的专门规定

我国《消费者权益保护法》对侵犯财产权的民事责任也做了专门的规定，其主要内容如下：

（1）经营者提供商品或者服务，造成消费者财产损害的，应当按照消费者的要求，以

修理、重做、退货、补足商品数量、退还货款和服务费用或者赔偿损失等方式承担民事责任。消费者与经营者另有约定的，按照约定履行。

(2) 对国家规定或者经营者与消费者约定包修、包换、包退的商品，经营者应当负责或者退货。在保修期内两次修理仍不能正常使用的，经营者应当负责更换或者退货。对包修、包换、包退的大件商品，消费者要求经营者修理、更换、退货的，经营者应当承担运输等合理费用。

(3) 经营者以邮购方式提供商品的，应当按照约定提供。未按照约定提供的，应当按照消费者的要求履行约定或者退回预付款，并应当承担消费者必须支付的合理费用。

(4) 经营者以预收款方式提供商品或者服务的，应当按照约定提供。未按照约定提供的，应当按照消费者的要求履行约定或者退回预付款，并应当承担预付款的利息和消费者必须支付的合理费用。

(5) 依法经有关行政部门认定为不合格的商品，消费者要求退货的，经营者应当负责退货。

(6) 经营者提供商品或者服务有欺诈行为的，应当按照消费者的要求增加赔偿其受到的损失，增加赔偿的金额为消费者购买商品的价款或者接受服务的费用的一倍。

## (二) 经济责任与行政责任的确定

我国《消费者权益保护法》不仅规定了违法经营者的民事责任，而且还规定了相应的经济责任和行政责任。依据该法第五十条的规定，经营者有下列情形之一的，若《中华人民共和国产品质量法》和其他有关法律、法规的规定对处罚机关和处罚方式有规定，则依照这些法律、法规的规定执行。若上述法律、法规未做规定，则由工商行政管理部门责令改正，可以根据情节单处或者并处警告、没收违法所得、处以违法所得1倍以上5倍以下的罚款；没有违法所得的，处以1万元以下的罚款；情节严重的，责令停业整顿、吊销营业执照：

- (1) 生产、销售的商品不符合保障人身、财产安全要求的；
- (2) 在商品中掺杂、掺假，以假充真，以次充好，或者以不合格商品冒充合格商品的；
- (3) 生产国家明令淘汰的商品或者销售失效、变质的商品的；
- (4) 伪造商品的产地，伪造或者冒用他人的厂名、厂址，伪造或者冒用认证标志、名优标志等质量标志的；
- (5) 销售的商品应当检验、检疫而未检验、检疫或者伪造检验、检疫结果的；
- (6) 对商品或者服务做引人误解的虚假宣传的；
- (7) 对消费者提出的修理、重做、退货、补足商品数量、退还货款和服务费用或者赔偿损失的要求，故意拖延或者无理拒绝的；

（8）侵害消费者人格尊严或者侵犯消费者人身自由的；

（9）法律、法规规定的对损害消费者权益应当予以处罚的其他情形。

经营者对上述处罚决定不服的，可以自收到处罚决定之日起 15 日内向上一级机关申请复议。对复议决定不服的，可以自收到复议决定之日起 15 日内向人民法院提起诉讼，也可以直接向人民法院提起诉讼。

### （三）刑事责任的确定

依据我国《消费者权益保护法》的有关规定，追究刑事责任的情况主要包括以下几种：

（1）经营者提供商品或者服务，造成消费者或者其他受害人人身伤害，构成犯罪的依法追究刑事责任。经营者提供商品或者服务，造成消费者或者其他受害人死亡，构成犯罪的，依法追究刑事责任。

（2）以暴力、威胁等方法阻碍有关行政部门工作人员依法执行职务的，依法追究刑事责任；拒绝、阻碍有关行政部门工作人员依法执行职务，未使用暴力、威胁方法的，由公安机关依照《中华人民共和国治安管理处罚条例》的规定处罚。

（3）国家机关工作人员有玩忽职守或者包庇经营者侵害消费者合法权益的行为的，由其所在单位或者上级机关给予行政处分；情节严重，构成犯罪的，依法追究刑事责任。



### 思考题

1. 简述消费者的基本权利。
2. 简述经营者的义务。
3. 简述消费者权益争议的解决途径。



### 案例分析题

某市消费者孙某在本市百货大楼购买一台由甲企业生产的电视机，两个月后的一天晚上，孙某一家正在观看电视节目，忽然电视机发生爆炸事件，导致孙某一家受伤，部分家庭财产受损。事后经检查发现事故是由于电机结构不合理导致的。

**要求：**根据以上情况，分析在这起事故中谁应承担责任，应承担什么责任。

# 第十一章 反不正当竞争法

## 本章目的和任务

通过本章的学习，要求学生掌握反不正当竞争法的基本原则和不正当竞争行为；理解反不正当竞争、反不正当竞争法的含义；了解违反反不正当竞争法的法律责任。

## 本章要点

- 反不正当竞争法的基本原则
- 不正当竞争行为

## 第一节 反不正当竞争法概述

### （一）反不正当竞争法的概念

不正当竞争是指经营者违反《反不正当竞争法》的规定，损害其他经营者的合法权益，扰乱社会经济秩序的行为。反不正当竞争法是指调整在维护公平竞争、制止不正当竞争行为过程中发生的社会关系的法律规范的总称。



#### 相关链接

1993年9月2日第八届全国人民代表大会常务委员会第3次会议通过了《中华人民共和国反不正当竞争法》，该法自1993年12月1日起施行。此外，我国商标法、专利法、著作权法、广告法、价格法等法规中也有很多关于反不正当竞争方面的规定。

### （二）反不正当竞争法的基本原则

#### 1. 自愿、平等、公平原则

自愿即经营者在市场交易中，根据自己的意志从事交易活动，不受他人欺诈、胁迫的



原则。平等即经营者在市场交易中，享受平等的法律地位和权利、义务，平等地受到法律的保护。公平即经营者应当合情合理地行使自己的权利，尊重他人利益和社会公共利益。

## 2. 诚实信用原则

即经营者在经营中，应当坦诚相待，恪守信用，做出正当并且符合商业道德的行为。

### （三）不正当竞争行为

根据《反不正当竞争法》的规定，不正当竞争行为在我国的表现形式主要有以下几种。

#### 1. 欺诈性市场交易行为

（1）假冒他人的注册商标。假冒他人的注册商标行为包括：① 未经注册商标所有人许可，在同一种商品或者类似商品上使用与其注册商标相同或相近似的商标；② 销售明知是假冒注册商标的商品；③ 伪造、擅自制造他人注册商标标识或者销售伪造、擅自制造的注册商标标识；④ 给他人注册商标专用权造成其他损害。

（2）擅自使用知名商品特有的名称、包装、装潢，或者使用与知名商品近似的名称、包装、装潢，造成与他人的知名商品相混淆，使购买者误认为是该知名商品。擅自使用是指未经所有权人的许可而自行使用其知名商品的名称、包装、装潢；经营者在自己的非知名商品上擅自使用知名商品特有的或与其相似的名称、包装、装潢等，其结果是在市场上产生混淆，造成误认、误购，侵犯了知名商品经营者特定的知识产权，构成对知名商品经营者利益的损害，同时也危害了消费者的利益。

（3）擅自使用他人的企业名称或者姓名，引人误认为是他人的商品。即经营者擅自使用他人的企业名称或者姓名，使消费者误认为是他人的商品或服务。企业名称、地址或者经营者的字号、姓名通常与经营者的声誉相连，因此，这种行为既侵犯了企业的名称权、他人的姓名权，也影响了被盗用企业的正常销售和服务，均属于不正当竞争行为。

（4）在商品上伪造或者冒用认证标志、名优标志等质量标志，伪造产地，对商品质量做引人误解的虚假表示。认证标志是质量认证机构准许经其认证产品质量合格的企业在产品或包装上使用的质量标志。名优标志是经国际或国内有关机构或社会组织评定为名优产品而发给经营者的一种质量荣誉标志。商品的产地是指商品的制造、加工地或者商品生产者的所在地。对商品质量做引人误解的虚假表示，是指经营者在商品上对反映商品质量的各种内容，如品质、制作成分、性能、用途、生产日期、有效期限等做不真实的或令人误解的标注，使消费者和用户无法或难以了解商品的真实情况，从而发生误认、误购的行为。

#### 2. 限制正常市场竞争行为

（1）公用企业或者其他依法具有独占地位的经营者，限定他人购买其指定的经营者的商品，以排挤其他经营者的公平竞争。

(2) 政府及其所属部门不得滥用行政权力, 限定他人购买其指定的经营者的商品, 限制其他经营者正当的经营活动, 或者限制外地商品进入本地市场及本地商品流向外地市场。

### 3. 商业贿赂行为

商业贿赂行为, 是指经营者采用财物或者其他手段对有关人员进行贿赂, 以销售或者购买商品的行为。商业贿赂行为的表现形式主要体现为“回扣”。所谓“回扣”是指经营者为了不正当地获得利益、优惠条件而直接向缔约方或者有关方面及其工作人员暗中提供的金钱或有价证券。我国《反不正当竞争法》规定, 在账外暗中给予对方单位或者个人回扣的, 以行贿论处; 对方单位或者个人在账外暗中收受回扣的, 以受贿论处。经营者销售或者购买商品, 可以以明示方式给对方折扣, 可以给中间人佣金。经营者给对方折扣, 给中间人佣金的, 必须如实入账。接受折扣、佣金的经营者必须如实入账。

### 4. 虚假宣传行为

虚假宣传行为, 是指经营者利用广告或其他方法, 对商品的质量、制作成分、性能、用途、生产者、有效期限、产地等做引人误解的虚假宣传。广告的经营者不得在明知或者应知的情况下, 代理、设计、制作、发布虚假广告。

### 5. 侵犯商业秘密的行为

根据《反不正当竞争法》的规定, 商业秘密, 是指不为公众所知悉、能为权利人带来经济利益、具有实用性并经权利人采取保密措施的技术信息和经营信息。侵犯商业秘密, 是指经营者不正当获取披露或使用权利人商业秘密的行为。侵犯商业秘密的行为主要包括:

- (1) 以盗窃、利诱、胁迫或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密;
- (2) 披露、使用或者允许他人使用以上述手段所获取的权利人的商业秘密;
- (3) 违反约定或者违反权利人有关保守商业秘密的要求, 披露、使用或者允许他人使用其掌握的商业秘密。

此外, 第三人明知或者应知上述所列违法行为, 获取、使用或者披露他人的商业秘密, 视为侵犯商业秘密。

### 6. 压价排挤竞争对手的行为

压价排挤竞争对手的行为, 是指经营者以排挤竞争对手为目的, 以低于成本的价格销售商品的行为。

《反不正当竞争法》规定: 有下列情况之一的, 不属于不正当竞争行为: ① 销售鲜活商品; ② 处理有效期限即将到期的商品或者其他积压的商品; ③ 季节性降价; ④ 因清偿债务、转产、歇业降价销售商品。

## 7. 搭售商品或附加不合理交易条件的行为

搭售商品是指经营者销售商品时违背购买者的意愿搭售商品；附加不合理的交易条件主要是指增加购买者的义务、加重购买者的责任，或者剥夺、限制购买者的应有的权利。经营者销售商品时，利用其经济优势，违背购买者的意愿搭售商品或者附加其他不合理的条件，违反了自愿、平等、公平等基本原则，侵害了相对人的正当权益，属于不正当竞争行为。

## 8. 不正当有奖销售行为

有奖销售是经营者常用的促销手段，即经营者在销售商品或者提供服务时，以提供金钱、物品或者其他条件为奖励，刺激消费者购买商品或接受服务的行为。

不正当有奖销售，是指以欺诈手段进行有奖销售或者以不正当的巨额抽奖刺激消费者的投机心理来推销商品的行为。

我国《反不正当竞争法》规定，经营者不得从事下列有奖销售：

- （1）采用谎称有奖或者故意让内定人员中奖的欺骗方式进行有奖销售；
- （2）利用有奖销售的办法，推销质次价高的商品；
- （3）抽奖式的有奖销售，最高奖的金额超过 5 000 元的。

## 9. 诋毁商誉行为

商誉包括经营者的商业信誉、商品声誉。诋毁商誉行为，是指经营者捏造、散布虚伪事实等不正当手段，损害竞争对手的商业信誉、商品声誉的行为。这类行为的结果是对竞争对手合法权益的直接侵犯，并给正常的市场竞争秩序带来破坏，应属于严重违反商业道德的不正当竞争行为。

## 10. 串通招标、投标行为

（1）投标者之间串通投标，抬高标价或者压低标价，投标者这种行为，共同损害了招标者的利益，破坏了招投标活动的公正性，属于不正当竞争行为。

（2）投标者和招标者之间相互勾结，以排挤竞争对手的公平竞争。这种行为通常表现为投标者采取贿赂等手段收买招标者或者知情者，使自己在竞标中处于有利的地位，从而排挤其他投标者。这种行为属于不正当竞争行为。

# 第二节 违反反不正当竞争法的法律责任

## （一）民事责任

我国《反不正当竞争法》规定，经营者违反本法规定，给被侵害的经营者造成损害的，

应当承担损害赔偿责任，被侵害的经营者的损失难以计算的，赔偿额为侵权人在侵权期间因侵权所获得的利润；并应当承担被侵害的经营者因调查该经营者侵害其合法权益的不正当竞争行为所支付的合理费用。被侵害的经营者的合法权益受到不正当竞争行为损害的，可以向人民法院提起诉讼。

## （二）行政责任

（1）经营者假冒他人的注册商标，擅自使用他人的企业名称或者姓名，伪造或者冒用认证标志、名优标志等质量标志，伪造产地，对商品质量做引人误解的虚假表示的，依照《中华人民共和国商标法》、《中华人民共和国产品质量法》的规定处罚。经营者擅自使用知名商品特有的名称、包装、装潢，或者使用与知名商品近似的名称、包装、装潢，造成和他人的知名商品相混淆，使购买者误认为是该知名商品的，监督检查部门（县级以上人民政府工商行政管理部门及其他有关部门）应当责令停止违法行为，没收违法所得，可以根据情节处以违法所得一倍以上三倍以下的罚款；情节严重的可以吊销营业执照。

（2）经营者采用财物或者其他手段进行贿赂以销售或者购买商品，不构成犯罪的，监督检查部门可以根据情节处以一万元以上二十万元以下的罚款，有违法所得的，予以没收。

（3）公用企业或者其他依法具有独占地位的经营者，限定他人购买其指定的经营者的商品，以排挤其他经营者的公平竞争的，省级或者设区的市的监督检查部门应当责令其停止违法行为，可以根据情节处以五万元以上二十万元以下的罚款。被指定的经营者借此销售质次价高商品或者滥收费用的，监督检查部门应当没收违法所得，可以根据情节处以违法所得一倍以上三倍以下的罚款。

（4）经营者利用广告或者其他方法，对商品做引人误解的虚假宣传的，监督检查部门应当责令停止违法行为，消除影响，可以根据情节处以一万元以上二十万元以下的罚款。广告的经营者，在明知或者应知的情况下，代理、设计、制作、发布虚假广告的，监督检查部门应当责令停止违法行为，没收违法所得，并依法处以罚款。

（5）违反本法第十条规定侵犯商业秘密的，监督检查部门应当责令停止违法行为，可以根据情节处以一万元以上二十万元以下的罚款。

（6）经营者违反本法第十三条规定进行有奖销售的，监督检查部门应当责令停止违法行为，可以根据情节处以一万元以上十万元以下的罚款。

（7）投标者串通投标，抬高标价或者压低标价；投标者和招标者相互勾结，以排挤竞争对手的公平竞争的，其中标无效。监督检查部门可以根据情节处以一万元以上二十万元以下的罚款。

（8）经营者有违反被责令暂停销售，不得转移、隐匿、销毁与不正当竞争行为有关的财物的行为的，监督检查部门可以根据情节处以被销售、转移、隐匿、销毁财物的价款的

一倍以上三倍以下的罚款。

（9）政府及其所属部门违反本法第七条规定，限定他人购买其指定的经营者的商品、限制其他经营者正当的经营活动，或者限制商品在地区之间正常流通的，由上级机关责令其改正；情节严重的，由同级或者上级机关对直接责任人员给予行政处分。被指定的经营者借此销售质次价高商品或者滥收费用的，监督检查部门应当没收违法所得，可以根据情节处以违法所得一倍以上三倍以下的罚款。

### （三）刑事责任

不正当竞争行为情节严重，造成重大损失的，应当承担刑事责任。反不正当竞争法中规定，销售伪劣商品，采用贿赂手段以销售或购买商品，情节严重，构成犯罪的，依法追究刑事责任。监督检查部门工作人员，滥用职权，玩忽职守和徇私舞弊，故意包庇犯罪行为人不受追诉，构成犯罪的依法追究其刑事责任。我国新刑法中还规定了侵害他人商业信誉、商品声誉罪、虚假广告罪、串通投标罪、侵犯商业秘密罪。这些是对反不正当竞争法刑事责任的补充。



### 思考题

1. 侵犯商业秘密的不正当竞争行为有哪些？
2. 列举不正当有奖销售行为的种类。
3. 列举出经营者以低于成本的价格销售商品，但不属于低价倾销行为的情形。
4. 列举不正当竞争行为。



### 案例分析题

1. 某市为促进地区经济发展，决定扶持本市针织业发展。为此，该市从苏杭地区聘请专家前来授课，并且派技术人员到外地学习，并投入大量资金。很快，针织品在本市打开了局面，刺激了本地经济的发展。可是不久，邻市一家针织企业的产品由于花样品种更多且宣传策略得当，迅速占领了本地市场。为此，该市经济主管部门发文全市有关部门，凡需针织品应从本市针织厂购买，并以税务局名义通知邻市针织厂将对其提高税率。

问：某市的行为是否构成不正当竞争行为？应如何处理？

2. 某省甲化工厂生产的“云雀牌”乙腈，曾获国家劳动部优质产品奖和国家技术监督局银质奖章，在国内外享有较高信誉，产品销路一直很好。乙化工厂也是一家以生产乙腈

为主的化工厂，因质量问题一直经营困难。1994年2月，乙化工厂将本厂生产而采用甲化工厂同样包装的乙腈销往外地，牟取利益。甲厂却因这些质量不合格的乙腈受到用户的指责，销售量急剧下降。

问：乙化工厂的行为属于哪种不正当竞争行为？应如何认定和处理？

3. 某市钢材加工厂厂长李某，为争取与本省较大的钢材经销公司甲公司建立贸易关系，销售该厂的产品，私下请甲公司计划科长钱某到外地免费旅游度假数周，并暗示如果甲公司向钢材加工厂订货，则可按比例给钱某回扣。在这种情况下，钱某代表甲公司与钢材加工厂订立了买卖合同，并从中私下得到回扣若干，此回扣并未入账。

问：李某的行为是否属于不正当竞争行为？该如何认定和处理？

4. 某商厦为招揽顾客，在报纸上刊登广告。凡于2006年2月至6月间在该商厦购物满200元者可获得奖券一张，凭该奖券可在购物当日参加抽奖。一等奖为香港7日游（若放弃游览可领取6000元人民币）；二等奖为电冰箱一台；三等奖为VCD一台；鼓励奖自行车一辆。此外还有纪念奖若干。此广告登出后引来众多顾客，但顾客所得奖项大多为鼓励奖和纪念奖。后经人举报一、二、三等奖为商厦内部工作人员所得。

问：该商厦的做法是否违反了反不正当竞争法的规定？若违反应如何处理？

# 第四篇 宏观调控法篇

## 第十二章 金融法律制度

### 本章目的和任务

通过本章的学习，要求学生掌握支付结算的原则和基本要求，中央银行的法律地位，货币政策目标与工具，商业银行的业务，人民币汇率制度，金融监管对象；理解经常项目和资本项目的管理；了解中央银行的职责和业务，商业银行的设立，使学生能够运用法律知识解决相关的金融问题。

### 本章要点

- 金融法律制度概述
- 支付结算的法律规定
- 中央银行法
- 商业银行法
- 外汇管理法律制度

## 第一节 金融法律制度概述

### 一、金融概念与金融法律制度

#### （一）金融概念

金融是指货币资金的融通，即以银行为中心的各种信用活动以及在信用基础上组织起来的货币流通。一般来讲，金融的范围主要包括：货币的发行与回笼，存款的吸收与发出，贷款的发放与回收，现金流通与转账结算，金银、外汇和有价值证券的买卖，国内、国际货币支付结算，票据贴现，银行同业拆借，信托投资，各种财产和人身保险，融资租赁，等等。

#### （二）金融法律制度

金融法律制度是指国家权力机关和行政机关制定的各种金融规范性文件的总称，是调整金融关系的法律规范。金融关系是银行或者其他金融机构在从事金融管理和金融经营活

动中与其他政府机构、市场主体和社会个人之间发生的经济关系。

### （三）我国金融法律制度构成

我国金融法律制度具体包括《中华人民共和国中国人民银行法》、《中华人民共和国商业银行法》、《现金管理暂行条例》、《中华人民共和国外汇管理条例》、《中华人民共和国票据法》、《支付结算办法》、《中华人民共和国证券法》、《中华人民共和国保险法》等。

本章主要介绍支付结算、中央银行法、商业银行法和外汇管理条例等方面的法律制度的规定。

## 二、我国金融机构与金融体系

### （一）金融机构

金融机构是指依法设立的从事金融业务活动的各类信用机构的总称，主要包括各类银行、信用合作社、保险公司、信托投资公司、财务公司、租赁公司、证券公司、互助基金、投资基金、金融公司、住宅金融公司等。

金融机构的组织及其管理关系，就形成了金融体系。一般说来，世界各国的金融体系基本上分为两类。一类是多种银行体制，即以中央银行为核心，以商业银行为主体，多种金融机构并存的金融体系；另一类是单一银行体制，即将中央银行的职能和商业银行的职能集中于单一的国家银行，另外建立几家专业性银行，如储蓄银行、投资银行等。

### （二）我国金融体系构成

改革开放以来，随着我国金融体制改革的不断深化和发展，我国初步形成了一个以中央银行即中国人民银行为核心，以国有商业银行为主体，政策性银行与商业银行相分离，多种金融机构并存与分工协作的新的金融体系。

（1）中央银行。中央银行是我国金融体系的核心，中国人民银行是我国的中央银行，在国务院的领导下制定和实施货币政策，实施金融监督管理。

（2）政策性银行。政策性银行是指由政府设立的、专门从事某一方面的政策性货币信用业务的、不以营利为目的的金融机构。我国的政策性银行包括国家开发银行、中国农业发展银行和中国进出口银行。

（3）商业银行。商业银行是指以获得利润为目的并以追求利润最大化为目标的企业。目前我国的商业银行主要有中国工商银行、中国银行、中国建设银行、中国农业银行 4 家国有商业银行，以及交通银行、中信实业银行、光大银行、城市商业银行、华夏银行、招商银行、深圳发展银行、上海浦东发展银行、中国民生银行等。

（4）非银行金融机构。非银行金融机构主要包括农村信用社、保险公司、信托投资公



司、财务公司、租赁公司、证券公司等。

## 第二节 支付结算的法律规定

### 一、支付结算概述

#### （一）支付结算的概念

支付结算是指单位、个人在社会经济活动中使用票据、银行卡和汇兑、托收承付、委托收款、信用证等结算方式进行货币给付及其资金清算的行为，是国民经济活动中资金清算的中介。

#### （二）支付结算的原则

支付结算的原则，是指单位、个人和银行在办理支付结算时必须遵守的准则。根据规定，支付结算应当遵循以下原则：

（1）恪守信用、履约付款原则。即各单位之间、单位与个人之间发生交易往来，通过银行办理结算，并根据各自的具体条件，自行协商订约，使收付双方办理款项收付完全建立在自觉自愿、相互信用的基础上。

（2）谁的款进谁的账、由谁支配原则。即银行在办理结算时，必须尊重开户单位资金支配的自主权，做到谁的钱进谁的账，银行不代扣款项，以维护开户单位对资金的所有权或经营权，保证开户单位对其资金的自主支配。

（3）银行不垫款原则。即银行在办理结算过程中，只负责将结算款项从付款单位账户划转收款单位账户，银行不承担垫付任何款项的责任，以划清银行与开户单位的资金界限，保护银行资金的所有权或经营权，加强银行宏观管理，促使开户单位直接对自己的债权债务负责。

#### （三）办理支付结算的基本要求

（1）银行、单位和个人办理支付结算必须遵守国家的法律、行政法规和《支付结算办法》的各项规定，不得损害社会公众利益。

（2）单位、个人和银行应当按照《银行账户管理办法》的规定开立、使用账户。

（3）在银行开立存款账户的单位和個人办理支付结算，账户内必须有足够的资金保证支付。

（4）票据和结算凭证是办理支付结算的工具。单位、个人和银行办理支付结算必须使用按中国人民银行统一规定印刷的票据凭证和统一规定的结算凭证。

(5) 票据和结算凭证上的签章和其他记载事项应当真实,不得伪造、变造。

(6) 票据和结算凭证的金额、出票或者签发日期、收款人名称不得更改。更改的票据无效;更改的结算凭证,银行不予受理。

(7) 票据和结算凭证的金额以中文大写和阿拉伯数字同时记载,二者必须一致,否则票据无效,结算凭证银行不予受理。

(8) 办理支付结算需要交验个人有效身份证件。

(9) 银行以善意且符合规定的正常操作程序进行审查。对伪造、变造的票据和结算凭证上的签章以及需要交验的个人有效身份证件,未发现异常而支付金额的,对出票人或付款人不再承担受委托付款的责任,对持票人或收款人不再承担付款的责任。

(10) 银行依法为单位、个人在银行开立的基本存款账户、一般存款账户、专用存款账户和临时存款账户保密,维护其资金的自主支配权。

#### (四) 填写票据和结算凭证的基本要求

(1) 中文大写金额数字应用正楷或行书填写,不得自造简化字。

(2) 中文大写金额数字到“元”为止的,在“元”之后,应写“整”(或“正”)字,在“角”之后可以不写“整”(或“正”)字。大写金额数字有“分”的,“分”后面不写“整”(或“正”)字。

(3) 中文大写金额数字前应标明“人民币”字样。大写金额数字应紧接“人民币”字样填写,不得留有空白。

(4) 阿拉伯小写金额数字中有“0”时,中文大写应按照汉语语言规律、金额数字构成和防止涂改的要求进行书写。

(5) 阿拉伯小写金额数字前面,均应填写人民币符号。

(6) 票据的出票日期必须使用中文大写。

(7) 票据出票日期使用小写填写的,银行不予受理。大写日期未按要求规范填写的,银行可以受理,但由此造成损失的,由出票人自行承担。

## 二、票据结算之外的结算方式

### (一) 汇兑

汇兑是指汇款人委托银行将其款项支付给收款人的结算方式。汇兑分为信汇、电汇两种方式,由汇款人选择使用。单位和个人的各种款项结算,都可使用汇兑结算方式。

### (二) 托收承付

托收承付是指根据购销合同由收款人发货后委托银行向异地付款人收取款项,由付款

人向银行承认付款的结算方式。使用托收承付结算方式的收款单位和付款单位，必须是国有企业、供销合作社，以及经营管理较好并经开户银行审查同意的城乡集体所有制工业企业。办理托收承付结算的款项必须是商品交易，以及因商品交易而产生的劳务供应的款项。代销、寄销、赊销商品的款项不得办理托收承付结算。收付双方使用托收承付结算必须签有符合《合同法》的购销合同，并在合同上面订明使用托收承付结算方式；办理结算时，必须重合同、守信用。托收承付结算款项的每笔金额起点是 10 000 元；新华书店系统每笔的金额起点是 1 000 元。托收承付结算款项的划回方法分邮寄和电报两种，由收款人选用。

### （三）委托收款

委托收款是指收款人委托银行向付款人收取款项的结算方式。单位和个人凭已承兑商业汇票、债券、存单等付款人债务证明办理款项的结算，都可使用委托收款结算方式。委托收款在同城、异地都可使用。委托收款结算款项的划回方式可分为邮寄和电报两种，由收款人选用。

## 三、支付结算纪律与责任

### （一）支付结算纪律

（1）单位和个人的结算纪律。根据《支付结算办法》及有关规定，办理支付结算的单位和个人必须遵守下列结算纪律：不准签发没有资金保证的票据或支票，套取银行信用；不准签发、取得和转让没有真实交易和债权债务的票据，套取银行和他人资金；不准无理拒绝付款，任意占用他人资金；不准违反规定开立和使用账户。

（2）银行的结算纪律。根据《支付结算办法》和有关规定，银行在办理支付结算时应当遵守下列纪律：不准以任何理由压票、任意退票、截留挪用客户和他行资金；不准无理拒绝支付应由银行支付的票据款项；不准无理拒付、不扣少扣滞纳金；不准违章签发、承兑、贴现票据，套取银行资金；不准签发空头银行汇票、银行本票和办理空头汇款；不准在支付结算制度之外规定附加条件，影响汇路畅通；不准违反规定为单位和个人开立账户；不准拒绝受理、代理他行正常结算业务；不准放弃对企事业单位和个人违反结算纪律的制裁；不准逃避向人民银行转汇大额汇划款项。

### （二）支付结算责任

#### 1. 单位和个人办理结算的责任

根据《支付结算办法》的规定，单位和个人在办理结算业务过程中，应承担下列责任。

（1）自行负责。单位和个人办理支付结算时，因错填结算凭证致使银行错投结算凭证或对款项不能解付，影响资金使用的，应由责任单位和个人负责；单位和个人对使用的支

票、商业承兑汇票和银行签发的银行汇票、本票、银行承兑汇票以及预留银行印章，因管理不善造成丢失、被盗，发生款项冒领，造成资金损失的，应由责任单位和个人负责；付款人及其代理人以恶意或者重大过失付款的，应当自行承担赔偿责任；单位和个人违反规定，银行停止其使用有关支付结算工作，因此造成的后果，由单位和个人自行负责。

（2）连带责任。允许背书转让的票据，由于付款人拒绝付款退回票据，持票人对出票人、背书人和其他债务人进行追索时，出票人、背书人和其他债务人（如保证人）要负连带责任。

（3）经济处罚和行政处罚。经济处罚包括计扣赔偿金或赔款、罚息、罚款、没收违法所得。行政处罚包括警告、通报批评、停止使用有关结算方式、停止办理部分直至全部结算业务等。这些可单独进行，也可以合并进行。具体处罚规定如下：商业承兑汇票到期，付款人不能支付票款，按票面金额对其处以 5% 但不低于 1 000 元罚款。银行承兑汇票到期，承兑申请人未能足额交存票款，对尚未扣回的承兑金额按每天万分之五计收罚息。单位和个人签发空头支票或者签发与其预留签章不符的支票，不以骗取财物为目的的，由中国人民银行处以票面金额 5% 但不低于 1 000 元的罚款；持票人有权要求出票人赔偿支票金额 2% 的赔偿金。收款单位对同一付款单位发货托收累计三次收不回货款的，银行应该暂停其向该付款单位办理托收。付款单位违反规定无理拒付，对其处以 2 000~5 000 元罚款，累计三次提出无理拒付，银行应暂停其向外办理托收等。

## 2. 银行办理结算的责任

根据《支付结算办法》规定，银行办理结算违反规定，除银行承担有关责任外，还要根据情节轻重追究有关工作人员的责任。

# 第三节 中央银行法

## 一、中央银行法概述

### （一）银行与中央银行

银行是指经营货币和信用业务的金融机构。现代银行是在货币兑换业务的基础上发展起来的。银行按其职能划分为中央银行、商业银行和其他银行机构。

中央银行是代表国家制定和实施货币政策、对金融业实施监督管理并从事有关金融业务活动的特殊金融机构。中央银行是一个国家金融体系的核心机构。我国的中央银行是中国人民银行。

商业银行是以营利为目的的，经营金融资产和金融负债的金融企业。其他银行机构包

括政策性银行、投资银行、储蓄银行等专业性较强的银行。

## （二）中央银行法

中央银行法是关于中央银行的性质、职能、组织体系、业务范围等方面的法律法规。



### 知 识 库

为了确立中国人民银行的地位和职责，保证国家货币政策的正确制定和执行，建立和完善中央银行宏观调控体系，加强对金融业的监督管理，我国于1995年3月18日审议通过了《中华人民共和国中国人民银行法》。这是我国金融业的第一部大法，是金融法律体系中的基本法。

## 二、中国人民银行的法律地位

中国人民银行作为中国的中央银行，首先是国家的银行。中国人民银行的全部资本由国家出资，属于国家所有；中国人民银行受托经理国库，充当国库出纳。其次是发行的银行。中国人民银行依法发行人民币，管理人民币流通。再次是银行的银行。中国人民银行集中保管全国商业银行及其他金融机构缴存的存款准备金；承担最后贷款人的责任；主持全国金融机构间的票据结算。最后是金融调控和金融监管的银行。中国人民银行在国务院的领导下，制定和实施货币政策，对金融业实施监督管理。

中国人民银行应就年度货币供应量、利率、汇率和国务院规定的其他重要事项做出决定，报国务院批准后执行。中国人民银行应当向全国人民代表大会常务委员会提出有关货币政策情况和金融监管情况的工作报告。中国人民银行在国务院领导下依法独立执行货币政策，履行职责，开展业务，不受地方政府、各级政府部门、社会团体和个人的干涉。



中国人民银行是中华人民共和国的中央银行，在我国金融体系中居于主导地位。

## 三、中国人民银行的职责和业务

### （一）中国人民银行的职责

中国人民银行作为中央银行的地位决定了中国人民银行的职责。具体讲，中国人民银行应履行以下职责：

- （1）依法制定和执行货币政策；
- （2）发行人民币，管理人民币流通；

- (3) 持有、管理、经营国家外汇储备、黄金储备；
- (4) 经理国库；
- (5) 维护支付、清算系统的正常运行；
- (6) 负责金融业的统计、调查、分析和预测；
- (7) 作为国家的中央银行，从事有关的国际金融活动；
- (8) 国务院规定的其他职责。

## （二）中国人民银行的业务

中国人民银行的职责是通过一系列的业务活动实现的，中国人民银行的主要业务包括：

- (1) 依照法律、行政法规的规定经理国库；
- (2) 代理国务院财政部门向各金融机构组织发行、兑付国债和其他政府债券；
- (3) 根据需要，为金融机构开立账户；
- (4) 组织或者协助组织金融机构之间的清算系统，协调金融机构之间的清算事项，提供清算服务；
- (5) 根据执行货币政策的需要，决定对商业银行贷款的数额、期限、利率和方式；
- (6) 兑换、收回和销毁残损、污损的人民币。

## （三）中国人民银行的业务限制

中国人民银行不同于其他银行，其业务活动需要一定的限制。

- (1) 不得对金融机构的账户透支；
- (2) 不得对政府财政透支，不得直接认购、包销国债和其他政府债券；
- (3) 不得向地方政府、各级政府部门提供贷款，不得向非银行金融机构以及其他单位和个人提供贷款，但国务院决定中国人民银行可以向特定的非银行金融机构提供贷款的除外；
- (4) 对商业银行贷款的期限不得超过一年；
- (5) 中国人民银行不得向任何单位和个人提供担保。

## 四、货币政策和货币政策工具

货币政策是中央银行运用法律规定的政策工具调节货币供应量，并以此影响宏观经济运行的一种政策手段。中国人民银行作为中央银行，具有依法制定和执行货币政策的职责。货币政策的目标必须与国民经济发展目标一致。中国人民银行执行货币政策的目标是保持货币币值的稳定，并以此促进经济增长。

货币政策目标是通过货币政策工具的运用来实现的。中国人民银行为执行货币政策，可以运用下列货币政策工具：

- （1）要求金融机构按照规定的比例交存款准备金；
- （2）确定中央银行基准利率；
- （3）为在中国人民银行开立账户的金融机构办理再贴现；
- （4）向商业银行提供贷款；
- （5）在公开市场上买卖国债和其他政府债券及外汇；
- （6）国务院确定的其他货币政策工具。

## 五、中国人民银行的组织机构

《中国人民银行法》对中国人民银行的组织机构在如下方面做了规定。

### （一）中国人民银行的领导体制

中国人民银行实行行长负责制。《中国人民银行法》第九条规定：“中国人民银行设行长一人，副行长若干人。”“中国人民银行行长的人选，根据国务院总理的提名，由全国人民代表大会决定；全国人民代表大会闭会期间，由全国人民代表大会常务委员会决定，由中华人民共和国主席任免。中国人民银行副行长由国务院总理任免。”

中国人民银行根据履行职责的需要设立分支机构，作为中国人民银行的派出机构。经过1998年11月中国人民银行管理体制改革后，中国人民银行设立了9个跨省区市分行，分别是：天津分行（管辖天津、河北、山西、内蒙古）；沈阳分行（管辖辽宁、吉林、黑龙江）；上海分行（管辖上海、浙江、福建）；南京分行（管辖江苏、安徽）；济南分行（管辖山东、河南）；武汉分行（管辖江西、湖北、湖南）；广东分行（管辖广东、广西、海南）；成都分行（管辖四川、贵州、云南、西藏）；西安分行（管辖陕西、甘肃、青海、宁夏、新疆）。撤销北京分行和重庆分行，由总行营业管理部履行所在地中央银行职责。

### （二）货币政策委员会

为了有效实施货币政策，《中国人民银行法》规定，中国人民银行设立货币政策委员会。政策委员会的职责、组成和工作程序，由国务院规定，报经全国人大常委会备案。

## 六、中央银行对货币的发行和管理

### （一）人民币的法律地位

《中国人民银行法》第十五条规定：“中华人民共和国的法定货币是人民币。以人民币支付中华人民共和国境内的一切公共的和私人的债务，任何单位和个人不得拒收。”这一规定表明了人民币的法律地位及其具有的支付功能。这就是说，人民币是我国唯一的合法货

币，禁止其他货币在我国境内流通。在我国，市场上只允许人民币流通，除因有涉外因素而有法律、法规特殊规定的之外，在我国境内的一切货币收付、记价、结算、记账、核算都必须以人民币为本位币。同时，人民币主币和辅币具有无限清偿能力。



#### 知 识 库

无限清偿能力是指法律赋予货币的无限支付能力，即在使用时，每次支付的数额不受限制，任何人不得拒绝接受。

### （二）人民币的发行机构

在我国，人民币由中国人民银行统一印制、发行，未经中国人民银行授权，任何单位和个人不得印制、发行人民币。

### （三）人民币的发行原则

（1）集中统一管理的原则，即人民币由中国人民银行统一印制、发行。任何单位和个人不得印制、发行代币券，以代替人民币在市场上的流通；禁止伪造、变造人民币；禁止出售、购买伪造、变造的人民币；禁止运输、持有、使用伪造、变造的人民币；禁止故意毁损人民币；禁止在宣传品、出版物或者其他商品上使用人民币图样。

（2）计划发行原则，即人民币的发行必须依法依照国家货币政策和发行计划进行。中国人民银行发行新版人民币，应当将发行时间、面额、图案、式样、规格予以公告。

（3）信用发行原则，即人民币的发行必须依据国民经济发展需要和商品流通的实际需求，通过银行的信用渠道有计划发行。中国人民银行不得对政府财政透支。

## 第四节 商业银行法

### 一、商业银行法概述

在市场经济的金融体系中，商业银行是金融体系的主体，其业务最能反映银行的基本特征。商业银行与中央银行、政策性银行和非银行金融机构相比较具有以下特征：

- （1）商业银行大多是非官方银行，一般采取股份有限公司的组织形式；
- （2）接受公众存款，包括活期存款、定期存款和储蓄存款；
- （3）以追逐利润为目标，经营范围广泛；
- （4）为保护存款人的利益，政府对其进行严格监管；
- （5）业务发展日益国际化。

商业银行法，是调整商业银行的设立及其经营活动过程中社会关系法律规范的总称。





## 知 识 库

为了保护商业银行、存款人和其他客户的合法权益，规范商业银行的行为，提高信贷资产的质量，加强监督管理，保障商业银行的稳健运行，维护金融秩序，促进社会主义市场经济的发展，我国于1995年5月10日审议通过了《中华人民共和国商业银行法》。

我国的商业银行法适用于在我国境内设立的所有商业银行，包括国有商业银行、合作银行、外资银行、中外合资银行、外国银行和其他商业银行以及城市信用合作社、农村信用合作社、信托投资公司、企业集团财务公司、金融租赁公司、证券公司和其他外资金金融机构。



需要特别注意的是：外资银行、中外合资银行、外国银行分行及其他外资金金融机构，除适用商业银行法的规定外，还适用1995年2月国务院发布的《中华人民共和国外资金融机构管理条例》。

根据《商业银行法》的规定，商业银行经营过程中，应当遵循以下原则：① 商业银行以效益性、安全性、流动性为经营原则，实行自主经营，自担风险，自负盈亏，自我约束。也就是说，商业银行依法开展业务，不受任何单位和个人的干涉，商业银行以其全部法人财产独立承担民事责任。② 商业银行与客户的业务往来应当遵循平等、自愿、公平和诚实信用的原则。③ 商业银行应当保障存款人的合法权益不受任何单位和个人的侵犯。④ 商业银行开展信贷业务，应当严格审查借款人的资格，实行担保，保障按期收回贷款。商业银行依法向借款人收回贷款的本金和利息，受法律保护。⑤ 商业银行开展业务，应当遵守法律、行政法规的有关规定，不得损害国家利益和社会公共利益。⑥ 商业银行开展业务，应当遵守公平竞争原则，不得从事不正当竞争。

## 二、商业银行的设立

根据《商业银行法》规定，设立商业银行必须具备下列条件：

（1）有符合该法和《公司法》规定的章程。章程是记载有关公司组织和行为的基本规则的法律性文件，它主要包括公司名称、资金数额、经营范围、利润分配等。

（2）有符合该法规定的注册资本最低限额。根据《商业银行法》的规定，设立商业银行的注册资本最低限额为1亿元；农村合作商业银行的注册资本最低限额为5000万元。注册资本应当是实缴资本。根据经济发展需要可以调整注册资本，但只能调高，不能调低。

（3）有具备任职专业知识和业务工作经验的董事长、总经理和其他高级管理人员。其

中应注意的是,有下列情形之一的,不得担任商业银行的高级管理人员:① 因犯有贪污、贿赂、侵占财产、挪用财产罪或者破坏社会经济秩序,被判处刑罚,或者因犯罪被剥夺政治权利的;② 担任因经营不善破产清算的公司、企业的董事、经理,并对该公司、企业的破产负有个人责任的;③ 担任因违法被吊销营业执照企业的法定代表人,并负有个人责任的;④ 个人所负数额较大的债务到期未清偿的。

(4) 有健全的组织机构和管理制度。商业银行的组织机构是指实现对银行经营、监督与控制的银行内部系统。按照银行决策权、执行权、监督权三权分离的原则,商业银行的组织机构一般由权力机构、执行机构和监督机构三部分组成。商业银行的权力机构是指决定银行重大事务的机构,一般是股东大会;执行机构是负责执行权力机构的决议、指示,具体管理银行日常活动的机构,如董事会、行长、经理;监督机构,是指对执行机构进行监督的机构,一般为监事会。

(5) 有符合要求的营业场所、安全防范措施和与业务有关的其他设施。

### 三、业务分类

我国《商业银行法》第三条规定了四种不同的业务。

(1) 传统业务,包括:吸收公众存款;发放短期、中期和长期贷款;办理国内外结算;办理票据贴现。

(2) 特定的信托业务,包括:发行金融债券;代理发行、代理兑付、承销政府债券;买卖政府债券;从事同业拆借。

(3) 服务性业务,包括:买卖、代理买卖外汇;提供信用证服务及担保;代理收付款项及代理保险业务;提供保险箱服务。

(4) 其他业务,主要包括:开办信用卡业务;房地产信贷业务;电子银行服务和各种查询业务;各种基金和债券的托管业务;私人理财业务;海外投资业务。

## 第五节 金融监管

### 一、金融监管概述

#### (一) 金融监管的概念

金融监管是金融监管机关依法对金融机构和金融活动进行直接限制和约束的一系列行为的总称。金融监管是为了防止金融危机和金融市场失灵而设的。众所周知,金融业是高负债行业,其资金主要来源于外部,金融业又是高风险行业,金融风险包括利率风险、汇

率风险、经营风险、违约风险、政治风险、社会风险、购买力风险、清算风险、市场风险等，因此对金融业的监督和管理是一项重要的工作。

## （二）金融监管的目的

（1）维护金融体系的安全和稳定。金融业是高风险行业，金融业危机的传递可能导致整个市场崩溃，因此，监管者的任务便是通过开业审查、日常监管、现场检查等措施促使金融机构在法定范围内稳健经营，降低和防范风险，以提高金融体系的安全性和稳定性。

（2）开展公平竞争。在保证金融业安全 and 稳定的基础上，监管者要保护和促进金融机构的公平竞争，防止金融垄断，以此促进金融业不断提高服务质量和效率。

（3）保护投资者和存款人的利益。投资者和存款人的投资与存款的安全性得不到满足，投资者就会撤回投资，进而引发金融危机。

只有通过金融监管的种种措施达成维护金融安全与稳定及促进金融业公平竞争的目的时，投资者和存款人的信心才能得到维持和巩固，金融业才能发展，投资者和存款人的利益才能保障。由此可见，金融监管的三个目的是相互联系的，最终落脚点是维护投资者和存款人的合法权益。

## 二、中国银监会的设立及其职责

### （一）设立

根据2003年3月10日国务院提请十届全国人大一次会议审议的国务院机构改革方案，设立中国银行业监督管理委员会，简称中国银监会。2003年4月28日，中国银监会正式挂牌成立。

### （二）职责

在金融监管方面，新设立的中国银监会将与中国人民银行各司其职、互相促进，确保金融机构安全、稳健、高效运行。中国银监会将整合中国人民银行对银行、资产管理公司、信托投资公司及其他存款类金融机构的监管职能和中央金融工委的相互职能，统一监督管理银行、资产管理公司、信托投资公司及其他存款类金融机构。其主要职责是：拟定有关银行业监管的政策法规，负责市场准入和运行监督，依法查处违法违规行为等。中国人民银行不再承担上述金融监管职能后，将加强制定和执行货币政策的职能，主要负责货币政策和跨行之间的资金往来，具体包括利率的调整、银行之间的现金结算支付和一些新业务等。

### 三、中国银监会的部门设置及主要业务部门职责

#### （一）中国银监会的部门设置

中国银监会设 15 个部门，它们是：办公厅、政策法规部（研究局）、银行监管一部、银行监管二部、银行监管三部、非银行金融机构监管部、合作金融机构监管部、统计部、财务会计部、国际部、监察部、人事部、宣传统战部、群众工作部、监事会工作部。中国银监会的分支机构，将不再沿用原来央行的大区行制，而是按行政区划设置，分为全国、省、地市三级机构。省级机构称为银监会分局，地市机构称为银监会支局，县以下地区一般不设置机构，但经济发达的重点县区将设置派出机构，以满足监管的需要。

#### （二）主要业务部门监管对象划分

- （1）银行监管一部：承办对国有商业银行及资产管理公司等监管工作；
- （2）银行监管二部：承办对股份制商业银行、城市商业银行的监管工作；
- （3）银行监管三部：承办对政策性银行、邮政储蓄机构以及外资银行等的监管工作；
- （4）非银行金融机构监管部：承办对非银行金融机构（证券、期货和保险类除外）的监管工作；
- （5）合作金融机构监管部：承办对农村和城市存款类合作金融机构的监管工作。

## 第六节 外汇管理法律制度

### 一、外汇管理法概述

外汇是指外国货币或者以外国货币表示的用于国际间结算的各种信用工具和支付手段。主要包括：① 外国货币，包括钞票、铸币等；② 外币有价证券，包括政府公债、国库券、公司债券、股票、息票等；③ 外币支付凭证，包括票据、银行存款凭证、邮政储蓄凭证等；④ 其他外汇资金。

外汇管理又称外汇管制，是一个国家为了维护本国货币汇价、平衡进出口贸易，对外汇买卖收支，以及对各种外汇票证的发行和流通、国际结算、外汇借贷、投资活动实行的各种限制措施。外汇管理的主要目的是为了改善国际收支，维护本国货币的汇价，限制不利于本国经济发展的资本活动。

## 二、经常项目与资本项目外汇的管理

### （一）经常项目外汇管理

经常项目是指国际收支中经常发生的交易项目，包括贸易收支、劳务收支、单方面转移等项目。在这些项目中发生的外汇，就是经常项目下的外汇。根据《中华人民共和国外汇管理条例》的规定，经常项目外汇必须遵守以下规定：

（1）境内机构的经常项目外汇收入必须调回境内，不得违反规定将外汇擅自存放境外；应当按照国务院关于结汇、售汇及付汇管理的规定卖给外汇指定银行，或者经批准在外汇指定银行开立外汇账户。

（2）境内机构的经常项目用汇，应按结汇、售汇及付汇管理的规定，持有效凭证和商业单据向外汇指定银行购汇支付。

（3）境内机构的收汇和进口付汇，应按规定办理核销手续。

（4）属于个人所得的外汇，可以自行持有，也可以存入银行或者卖给指定银行；个人因私出境用汇，在规定限额内购汇；个人携带外汇进出境，应当向海关办理申报手续；携带外汇出境超过规定限额的，应当向海关出具有效凭证；居住在境内的中国公民持有的外币支付凭证、外币有价证券等外汇资产，未经外汇管理部门批准不得携带或者邮寄出境。

（5）外国驻华机构收取的以人民币支付的签证费、认证费等，需要汇出境外的，可以持有关证明向外汇指定银行兑付；应聘在境内机构工作的外籍专家及在外商投资企业工作的外籍人员的工资与其他合法收入，依法纳税后，可以向外汇指定银行购汇汇出或者携带出境。

### （二）资本项目外汇的管理

资本项目是指国际收支中因资本输出和输入而产生的资产与负债的增减项目，包括直接投资、各类贷款、证券投资等。境内机构的资本项目外汇收入、向境外投资、借用国外贷款以及金融机构在境外发行外币债券，都必须按国家规定办理。

国家对外债实行登记制度，外汇管理部门负责全国的外债统计与监测，并定期公布外债情况。

## 三、金融机构外汇业务的管理

（1）金融机构经营外汇业务，须经外汇管理部门批准，领取经营外汇许可证。

（2）经营外汇业务的金融机构应按规定为客户开立外汇账户，办理有关外汇业务。

（3）金融机构经营外汇业务，应当按规定交存外汇存款准备金，遵守外汇资产负债比

例管理规定，并应建立呆账准备金。

#### 四、人民币汇率和外汇市场管理

(1) 人民币汇率实行以市场供求为基础的、单一的、有管理的浮动汇率制度。人民银行根据银行间外汇市场形成的价格，公布人民币对主要外币的汇率。

(2) 外汇市场交易应当遵循公开、公平、公正和诚实信用的原则。

(3) 外汇指定银行和经营外汇业务的其他金融机构是银行间外汇市场的交易者，并根据人民银行公布的汇率和规定的浮动范围，确定对客户的外汇买卖价格，办理外汇买卖业务。

(4) 国务院外汇管理部门依法监督管理全国的外汇市场；中国人民银行根据货币政策的要求和外汇市场的变化，依法对外汇市场进行调控。

#### 五、法律责任

为了保证《外汇管理条例》的贯彻执行，该条例对违反外汇管理的行为应承担的法律责任做了明确的规定。违反外汇管理的行为包括：逃汇；非法套汇；未经外汇管理机关批准，擅自经营外汇业务的；外汇指定银行未按规定办理结汇、售汇业务的；经营外汇业务的金融机构违反外汇管理规定从事经营活动的；境内机构违反外汇管理规定的；境内机构非法使用外汇的；私自买卖外汇、变相买卖外汇或者倒买倒卖外汇的；境内机构违反外汇账户管理规定的；境内机构违反外汇核销管理规定的等。主要责任形式有：限期调回外汇，强制收兑，没收违法所得，罚款，依法取缔、吊销经营外汇许可证，构成犯罪的依法追究刑事责任。



#### 思考题

1. 商业银行的经营原则有哪些？
2. 商业银行业务的种类有哪些？
3. 我国法律对商业银行最低注册资本数额是如何规定的？
4. 简述支付结算的基本原则。

# 第十三章 会计法与审计法

## 本章目的和任务

通过本章的学习，要求学生掌握会计核算、会计监督的法律规定，审计机关的职责权限，审计程序；理解会计工作管理体制的有关规定，审计管理体制的有关规定；了解会计法、审计法的立法概况，我国会计法律制度的构成情况，违反会计法、审计法的法律责任，并能运用所学法律知识进行具体工作的操作，培养学生在会计工作、审计工作中依法办事的观念。

## 本章要点

- 会计法的有关规定
- 审计法的有关规定

## 第一节 会计法

### 一、会计法的概念及调整对象

会计是以货币计量为基本形式，采用专门方法，连续、完整、系统地反映和控制单位的经济行为，进而达到加强经济管理、提高经济效益的一种管理活动。会计法是指调整会计法律关系的法律，有广义和狭义之分。广义的会计法是指国家颁布的有关会计方面的法律、法规和规章的总称，狭义的会计法是专指全国人民代表大会常务委员会通过的《中华人民共和国会计法》（下称《会计法》）。本章所述的是狭义的会计法。



#### 相关链接

《会计法》于 1985 年 1 月 21 日由第六届全国人民代表大会常务委员会第九次会议通过，1993 年 12 月 29 日第八届全国人民代表大会常务委员会第五次会议对该法做了修正，1999 年 10 月 28 日第九届全国人民代表大会常务委员会第 12 次会议做出《关于修改〈中华人民共和国会计法〉的决定》，对《会计法》再次做了修改。新修改的《会计法》共 7 章 52 条，主要对会计工作总的原则、会计核算、会计监督、会计机构、会计人员和法律责任等做了详细规定。

会计法调整国家机关、社会团体、公司、企业、事业单位和其他组织（以下统称单位）在办理会计事务中产生的经济管理关系。这种关系包括上述单位内部的会计事务管理关系，上述单位之间在办理会计事务中产生的经济关系，上述单位与国家会计管理机关和有关行政管理机关之间在会计事务管理中产生的行政管理关系等。

## 二、我国会计法律制度的构成

我国会计法律制度包括会计法律、会计行政法规和会计规章。其基本构成如下：

（1）会计法律。会计法律是调整我国经济生活中会计关系的法律总规范，即《中华人民共和国会计法》。《会计法》是会计法律制度中层次最高的法律规范，是制定其他会计法规的依据，也是指导会计工作的最高准则。

（2）会计行政法规。会计行政法规是指调整经济生活中某些方面会计关系的法律规范。会计行政法规由国务院制定发布或者国务院有关部门拟订经国务院批准发布，制定依据是《会计法》。如1990年12月31日国务院发布的《总会计师条例》，1992年11月16日国务院批准、同月30日财政部发布的《企业会计准则》等。

（3）会计规章。会计规章是指由主管全国会计工作的行政部门——财政部就会计工作中某些方面所制定的规范性文件。国务院其他部门根据其职责制定的会计方面的规范性文件也属于会计规章，但必须报财政部审核批准。会计规章的制定依据是会计法律和会计行政法规，如财政部发布的《股份有限公司会计制度》、《会计基础工作规范》，财政部与国家档案局联合发布的《会计档案管理办法》等。

## 三、会计工作管理体制

### （一）会计工作的领导制度

根据《会计法》规定，我国会计工作领导制度的主要内容如下：

- （1）国务院财政部门管理全国的会计工作；
- （2）地方各级人民政府的财政部门管理本地区的会计工作；
- （3）各单位的领导人领导各单位的会计机构、会计人员和其他人员按《会计法》办事，保障会计人员依法行使职权，不受侵犯和打击报复。

### （二）制定会计制度的权限

国家统一的会计制度，由国务院财政部门根据《会计法》制定。

各省、自治区、直辖市人民政府的财政部门，国务院业务主管部门，中国人民解放军总后勤部，在同《会计法》和国家统一的会计制度不相抵触的前提下，可以制定实施国家



统一的会计制度的具体办法或者补充规定，报国务院财政部门审核批准或者备案。

### （三）会计机构和会计人员的管理体制

#### 1. 会计机构和会计人员的设置

各单位根据会计业务的需要设置会计机构，或者在有关机构中设置会计人员并指定会计主管人员。不具备条件的，可以委托经批准设立的会计咨询、服务机构进行代理记账。大、中型企业、事业单位和业务主管部门可以设置总会计师。总会计师由具有会计师以上专业技术任职资格的人员担任。

从事会计工作的人员，必须取得会计从业资格证书。

会计机构内部应当建立稽核制度。

会计机构要设置出纳人员。出纳人员不得监管稽核、会计档案保管和收入、费用、债权、债务账目的登记工作。

#### 2. 会计机构、会计人员的职责和会计人员的任免

根据《会计法》的规定，会计机构和会计人员的主要职责如下：① 依法进行会计核算；② 依法实行会计监督；③ 拟订本单位办理会计事务的具体办法；④ 参与拟定经济计划、业务计划，考核与分析预算、财务计划的执行情况；⑤ 办理其他会计事务。

会计人员应当具备必要的专业知识。国有企业及事业单位的会计机构负责人、会计主管人员的任免应当经过主管单位同意，不得任意调动或者撤换。会计人员忠于职守，坚持原则，受到错误处理的，主管单位应当责成所在单位予以纠正；玩忽职守，丧失原则，不宜担任会计工作的，主管单位应当责成所在单位予以撤职或者免职。

#### 3. 会计人员工作交接

会计人员调动工作或者离职，必须与接管人员办清交接手续。一般会计人员办理交接手续，由会计机构负责人（会计主管人员）监交；会计机构负责人（会计主管人员）办理交接手续，由单位负责人监交，必要时主管单位可以派人会同监交。

#### 4. 总会计师的职责、职权和任免

总会计师有以下几项职责。

（1）总会计师具体组织本单位执行国家有关财经法律、法规、方针、政策和制度，保护国家财产。

（2）总会计师负责组织本单位的下列工作：编制和执行预算、财务收支计划、信贷计划，拟订资金筹措和使用方案，开辟财源，有效地使用资金；进行成本费用预测、计划、控制、核算、分析和考核，督促本单位有关部门降低消耗、节约费用、提高经济效益；建立、健全经济核算制度，利用财务会计资料进行经济活动分析；承办单位主要行政领导人

交办的其他工作。

(3) 总会计师负责对本单位财会机构的设置和会计人员的配备、会计专业职务的设置和聘任提出方案,组织会计人员的业务培训和考核,支持会计人员依法行使职权。

(4) 总会计师协助单位主要行政领导人对企业的生产经营、行政事业单位的业务发展以及基本建设投资等问题做出决策。

(5) 总会计师参与新产品开发、技术改造、科技研究、商品(劳务)价格和工资奖金等方案的制定,参与重大经济合同和经济协议的研究、审查。

总会计师的职权如下。

(1) 总会计师对违反国家财经法律、法规、方针政策、制度和有可能在经济上造成损失、浪费的行为,有权制止或者纠正。制止或者纠正无效时,提请单位主要行政领导人处理。

(2) 总会计师组织领导本单位各职能部门,直属基层经济组织的经济核算,财务会计和成本管理方面的工作。

(3) 总会计师主管审批财务收支工作。除一般的财务收支可以由总会计师授权的财会机构负责人或者其他指定人员审批外,重大的财务收支,须经总会计师审批或者由总会计师报单位主要行政领导人批准。

(4) 预算、财务收支计划、成本和费用计划、信贷计划、财务专题报告、会计决算报表,须经总会计师签署。涉及财务收支的重大业务计划、经济合同、经济协议等,在单位内部须经总会计师会签。

(5) 会计人员的任用、晋升、调动、奖惩,应当事先征求总会计师的意见。财会机构负责人或者会计主管人员的人选,应当由总会计师进行业务考核,依照有关规定审批。

企业的总会计师由本单位主要行政领导人提名,政府主管部门任命或者聘任;免职或者解聘程序与任命或者聘任程序相同。事业单位和业务主管部门的总会计师依照干部管理权限任命或者聘任,免职或者解聘程序与任命或者聘任程序相同。

## 四、会计核算的法律规定

会计核算是指以货币为主要计量单位,对企业、事业、机关团体等单位的经济业务进行及时、连续、系统的记录、计算、分析,如实反映财务状况的经营成果,并据以编制会计报表等活动。核算是会计的基本职能之一,是会计工作的重要环节,因此,我国会计法律、法规、规章都对会计核算问题做出了具体规定。

### (一) 会计核算的内容

(1) 款项和有价证券的收付;

- (2) 财物的收发、增减和使用；
- (3) 债权债务的发生和结算；
- (4) 基金的增减和经费的收支；
- (5) 收入、费用、成本的计算；
- (6) 财务成果的计算和处理；
- (7) 其他需要办理会计手续、进行会计核算的事项。

## （二）会计期间与记账本位币

会计核算应当划分为会计期间，分期结算账目和编制会计报表。《会计法》规定，我国是以公历年度为会计年度，即以每年的1月1日至12月31日为一个会计年度。每一会计年度还可以按照公历日期具体划分为半年度、季度、月份。

会计核算以人民币为记账本位币。业务收支以外国货币为主的单位，也可以选定某种外国货币作为记账本位币，但是编报会计报表应当折算为人民币反映。

## （三）会计核算的基本要求

会计核算总的原则是要求会计凭证、会计账簿、财务会计报告和其他会计资料必须符合国家统一的会计制度的规定，不得伪造、变造会计凭证、会计账簿及其他会计资料，不得提供虚假的财务会计报告。使用电子计算机进行会计核算的，其软件及其生成的会计凭证、会计账簿、财务会计报告和其他会计资料也必须符合国家统一的会计制度的规定。

### 1. 会计凭证

会计凭证包括原始凭证和记账凭证。发生《会计法》第十条所列的经济业务事项，必须填制或者取得原始凭证并及时送交会计机构。会计机构、会计人员必须按照国家统一的会计制度的规定对原始凭证进行审核，对不真实、不合法的原始凭证有权不予接受，并向单位负责人报告；对记载不准确、不完整的原始凭证予以退回，并要求按规定更正、补充。原始凭证记载的各项内容均不得涂改；原始凭证有错误的，应当由出具单位重开或者更正，更正处应当加盖出具单位印章。原始凭证金额有错误的，应当由出具单位重开，然后根据经过审核的原始凭证及有关资料编制记账凭证。

### 2. 会计账簿

会计账簿登记，必须以经过审核的会计凭证为依据，并符合有关法律、行政法规和国家统一的会计制度的规定。会计账簿包括总账、明细账、日记账和其他辅助性账簿。会计账簿应当按照连续编号的页码顺序登记。会计账簿记录发生错误或者隔页、缺号、跳行的，应按国家统一的会计制度规定的方法更正，并由会计人员和会计机构负责人（会计主管人员）在更正处盖章。

各单位发生的各项经济业务事项应当统一在依法设置的会计账簿上登记、核算，不得违反规定私设会计账簿登记、核算。

### 3. 财产清查

各单位应当建立财产清查制度，应当定期将会计账簿记录与实物、款项及有关资料相互核对，保证会计账簿记录与实物及款项的实有数额相符、会计账簿记录与会计凭证的有关内容相符、会计账簿之间相对应的记录相符、会计账簿记录与会计报表的有关内容相符，保证会计资料的真实性。

### 4. 财务会计报告

财务会计报告应当根据经过审核的会计账簿记录和有关资料编制，并符合《会计法》和国家统一的会计制度关于财务会计报告的编制要求、提供对象和提供期限的规定。

财务会计报告由会计报表、会计报表附注和财务情况说明书组成，并应由单位负责人和主管会计工作的负责人、会计机构负责人（会计主管人员）签名盖章。设置总会计师的单位，还必须由总会计师签名并盖章。单位负责人应当保证财务报告真实、完整。

各单位采用的会计处理方法，前后各期应当一致，不得随意变更；确有必要变更的，应按制度规定变更，并将变更的原因、情况及影响在财务会计报告中说明。

### 5. 会计记录的文字及档案

会计记录的文字应当使用中文。民族自治地方可以同时使用当地通用的一种民族文字。我国境内的外商投资企业、外国企业和其他外国组织的会计记录同时使用一种外国文字。

各单位对会计凭证、会计账簿、财务会计报告和其他会计资料应当建立档案，妥善保管。会计档案的保管期限和销毁办法，由国务院财政部门会同有关部门制定。

## 五、会计监督的法律规定

会计监督是会计的基本职能之一，是我国经济监督体系的重要组成部分。有效发挥会计监督职能，不仅可以维护财经纪律和社会经济秩序，对健全会计基础工作、建立规范的会计工作秩序，也起到重要作用。因此在社会主义市场经济条件下，必须强化会计监督。会计监督可以分为单位内部监督、国家监督和社会监督。《会计法》、《规范》等法律、行政法规、规章对单位内部会计监督以及国家监督、社会监督做出了规定。

#### （一）单位内部会计监督

##### 1. 单位内部会计监督制度的建立

单位内部会计监督制度，是指为了保护其资产的安全完整，保证其经营活动符合国家法律、法规和内部制度，提高经营管理水平和效率，而在单位内部采取的一系列相互制约、

相互监督的制度与方法。内部会计监督制度是内部控制制度的重要组成部分。建立健全单位内部会计监督制度，是贯彻执行会计法律、法规、规章，保证会计工作有序进行，完善会计监督体系的重要措施。

内部会计监督制度的内容十分广泛，涉及人、财、物等诸多方面，应当根据不同单位的具体情况做出规定。一般来说，制定内部会计监督制度应当重点把握以下几点：

（1）记账人员与经济业务或会计事项的审批人员、经办人员、财物保管人员的职责权限应当明确，并相互分离、相互制约。

（2）重大对外投资、资产处置、资产调度和其他重要经济业务，应当明确其决策和执行程序，并体现相互监督、相互制约的要求。

（3）对会计资料的生成和审批程序做出具体规定，以保证会计资料的真实、完整。

（4）对定期对账和财产清查的要求做出明确规定，以保证账证相符、账账相符、账表相符、账实相符。

（5）对会计资料定期经内部监督机构审查的办法和程序做出规定。

（6）对内部会计监督制度的制定、执行、检查、奖惩等做出规定。

单位负责人负责内部会计制度的组织实施。会计人员和单位内部其他人员是内部会计监督制度的具体实施者，在内部会计监督制度的实施中发挥重要作用。

## 2. 内部会计监督的主体和对象

根据《会计法》和《规范》的规定，各单位的会计机构、会计人员对本单位的经济活动进行会计监督。内部会计监督的主体是各单位的会计机构、会计人员，内部会计监督的对象是本单位的经济活动。

尽管内部会计监督的主体是各单位的会计机构、会计人员，但内部会计监督不仅仅是会计机构、会计人员的事情，单位负责人应当积极支持，保障会计机构、会计人员行使好会计监督职权，因为，单位负责人对内部会计监督实施情况承担最终责任。

## 3. 内部会计监督的基本要求

根据《会计法》、《规范》等法律、规章的规定，内部会计监督有以下基本要求：

（1）会计机构、会计人员对违反《会计法》和国家统一的会计制度规定的会计事项，有权拒绝办理或者按照职权予以纠正。

（2）会计机构、会计人员发现会计账簿记录与实物、款项及其有关资料不相符的，按照国家统一的会计制度的规定有权处理的，应当及时处理；无权自行处理的，应当立即向单位负责人报告，请求查明原因，做出处理。

（3）任何单位和个人对违反《会计法》和国家统一的会计制度规定的行为，有权向政府有关部门检举。

## （二）会计工作的国家监督和社会监督

### 1. 会计工作的国家监督

会计工作的国家监督，主要是指财政部门代表国家对各单位的会计工作实行监督。这是我国经济监督体系的一个重要方面，它与单位内部由会计机构、会计人员实行会计监督是相辅相成的。

财政部门对各单位会计工作的监督，其主要内容包括：第一，依法设置会计账簿情况；第二，会计凭证、会计账簿、财务会计报告和其他会计资料的真实性、完整性情况；第三，会计核算符合国家统一的会计制度情况；第四，从事会计工作的人员具备从业资格情况。

财政部门对各单位会计工作的监督，并不排除其他政府部门如审计、税务等在履行职责时对有关单位会计资料的检查。审计、税务等部门在履行其职责时对有关单位会计资料的检查，对保证会计资料的真实、完整也起到促进作用。

各单位必须依照法律和国家有关规定，自觉接受财政等政府部门的监督、检查，如实提供会计凭证、会计账簿、财务会计报告和其他会计资料以及有关情况，不得拒绝，不得隐匿、谎报情况。

### 2. 会计工作的社会监督

会计工作的社会监督，主要是指由注册会计师依法承办的对财务会计报告等进行审计、鉴证的一种监督制度。



#### 知 识 库

根据 1993 年 10 月 31 日第八届全国人大常委会第四次会议通过的《中华人民共和国注册会计师法》的规定，注册会计师是依法取得注册会计师证书并接受委托从事审计和会计咨询、会计服务业务的执业人员。

注册会计师依法承办下列审计业务：审查企业财务会计报告，出具审计报告；验证企业资本，出具验资报告；办理企业合并、分立、清算事宜中的审计业务，出具有关的报告；法律、行政法规规定的其他审计业务。注册会计师接受委托对财务会计报告使用者负责，更要对国家法律负责。因此，注册会计师从事财务报告审计，在一定意义上讲，也是对有关单位的财务会计报告和会计工作进行监督，通过注册会计师的审计，发现并纠正财务会计报告中的问题，从而促进委托人不断改进会计工作，提高会计资料质量。

各单位应当根据法律、行政法规的规定，委托注册会计师开展审计业务，如实提供会计凭证、会计账簿、财务会计报告和有关资料及情况，配合注册会计师搞好审计工作，不得干预注册会计师的工作，不得示意注册会计师出具不实或不当的审计报告。

## 六、违反会计法的法律责任

对会计工作中的违法行为应当承担的法律后果,《会计法》及相关法律、行政法规、规章做出了相应规定。违反会计法律制度应当承担的法律责任主要有行政责任和刑事责任。

行政责任是指犯有一般违法行为的单位或者个人,依照法律、法规的规定应承担的法律责任。承担行政责任主要有行政处分和行政处罚两种方式。刑事责任是指犯罪行为应当承担的法律责任。根据《会计法》及有关法律的规定,下列行为,依法追究行政责任;构成犯罪的,依法追究刑事责任:

- (1) 不依法设置会计账簿或者在法定会计账簿之外私设会计账簿的;
- (2) 未按照规定填制、取得原始凭证,或者填制、取得的原始凭证不符合规定的;
- (3) 以未经审核的会计凭证为依据登记会计账簿或者登记会计账簿不符合规定的;
- (4) 使用会计处理方法、会计文字记录或者记账本位币不符合规定的;
- (5) 未按照规定保管会计资料,致使会计资料毁损、灭失的;
- (6) 伪造、变造会计凭证、会计账簿或者提供虚假财务会计报告的;
- (7) 隐匿或者故意销毁依法应当保存的会计凭证、会计账簿、财务会计报告的;
- (8) 授意、指使、强令会计机构、会计人员及其他人员伪造、变造或者隐匿、故意销毁依法应当保存的会计凭证、会计账簿,编制虚假财务会计报告的;
- (9) 单位负责人对依法履行职责、抵制违反《会计法》规定行为的会计人员以降级、撤职、调离工作岗位、解聘或者开除等方式实行打击报复的;
- (10) 任用会计人员不符合规定的;
- (11) 拒绝依法实施的监督或者隐匿、谎报有关情况的。

## 第二节 审计法

### 一、审计法的概念

审计法是调整审计关系的法律规范的总称。

审计关系,是指从事审计工作的专职机构和专业人员在审计过程中以及国家在管理审计工作中发生的社会关系。

为了加强国家的审计监督,维护国家财政经济秩序,促进廉政建设,保障国民经济健康发展,1994年8月31日第八届全国人大常委会第九次会议通过了《中华人民共和国审计法》(以下简称《审计法》),自1995年1月1日起施行。广义的审计法也包括审计署成

立以来颁布的一系列行之有效的审计法规、规章，如 1989 年 7 月 5 日发布的《关于社会审计工作的规定》和 1995 年 7 月 14 日发布的《关于内部审计工作的规定》等。

## 二、审计管理体制

### （一）审计机构

我国的审计体系包括国家审计机关、内部审计机构和社会审计组织三个组成部分，其中，国家审计是主体，内部审计和社会审计是重要组成部分。

#### 1. 国家审计机关

《审计法》第二条规定：“国家实行审计监督制度。国务院和县级以上人民政府设立审计机关。”

国务院设立审计署，在国务院总理领导下，主管全国的审计工作。审计长是审计署的行政首长。

省、自治区、直辖市、设区的市、自治州、县、自治县、不设区的市、市辖区的人民政府的审计机关，分别在省长、自治区主席、市长、州长、县长、区长和上一级审计机关的领导下，负责本行政区域内的审计工作。地方各级审计机关对本级人民政府和上一级审计机关负责并报告工作，审计业务以上级审计机关领导为主。

审计机关根据工作需要，可以在其审计管辖范围内派出审计特派员。审计特派员根据审计机关的授权，依法进行审计工作。

审计机关根据被审计单位的财政、财务隶属关系或者国有资产监督管理关系，确定审计管辖范围。审计机关之间对审计管辖范围有争议的，由其共同的上级审计机关确定。上级审计机关可以将其审计管辖范围内的审计事项，授权下级审计机关进行审计；上级审计机关对下级审计机关审计管辖范围内的重大审计事项，可以直接进行审计，但是应当防止不必要的重复审计。

#### 2. 内部审计机构

内部审计是指由部门或单位内部相对独立的审计机构和审计人员对本部门或本单位的财政收支、财务收支、经营管理活动及其经济效益进行审核和评价，查明其真实性、正确性、合法性和有效性，提出意见和建议的一种专职经济监督活动。根据《审计法》有关规定，国务院各部门和地方人民政府各部门、国有的金融机构和企业事业组织，应当按照国家有关规定建立健全内部审计制度。内部审计机构在本部门、本单位主要负责人的直接领导下，对本部门（行业）、本单位及其所属单位进行内部审计监督。各部门、国有的金融机构和企业事业组织的内部审计，应当接受审计机关的业务指导和监督。



### 3. 社会审计组织

社会审计组织是指依法独立承办审计查证和咨询服务的事业单位，实行有偿服务，自收自支，独立核算，依法纳税。

社会审计组织应当接受审计机关的指导、监督、管理。其承办的审计机关委托的审计事项所出具的审计报告，应当报送审计机关审定。

#### （二）审计人员

审计人员是审计机关或者其他审计机构中从事审计工作的专门人员。审计人员应当具备与其从事的审计工作相适应的专业知识和业务能力。审计人员执行职务的原则有以下三项：① 回避原则。审计人员在办理审计事项时，与被审计单位或者审计事项有利害关系的，应当回避。② 保密原则。审计人员对其在执行职务中知悉的国家秘密和被审计单位的商业秘密，负有保密的义务。③ 受法律保护的原则。审计人员依法执行职务，受法律保护。任何组织和个人不得拒绝、阻碍审计人员依法执行职务，不得打击报复审计人员。

审计机关负责人依照法定程序任免。

## 三、审计机关的职责和权限

#### （一）审计机关的任务和工作原则

审计机关对依照《审计法》规定应当接受审计的财政收支或者财务收支的真实、合法和效益，依法进行审计监督。审计机关进行审计监督必须遵循下列原则：① 依法审计的原则，即审计机关应当依照法律规定的职权和程序进行审计监督；② 独立审计的原则，即审计机关依法独立行使审计监督权，不受其他行政机关、社会团体和个人的干涉；③ 客观公正、实事求是、廉洁奉公、保守秘密的原则。

#### （二）审计机关的职责

根据《审计法》的有关规定，审计机关对下列单位的有关事项进行审计监督：

（1）本级各部门（含直属单位）和下级政府预算的执行情况和决算，以及预算外资金的管理和使用情况。

（2）中央银行的财务收支，国有金融机构的资产、负债、损益。审计署对中央银行的财务收支进行审计监督。

（3）国家事业单位的财务收支，国有企业的资产、负债、损益。

审计机关对与国计民生有重大关系的国有企业、接受财政补贴较多或者亏损数额较大的国有企业，以及国务院和本级地方人民政府指定的其他国有企业，应当有计划地定期进行审计。

对国有资产占控股地位或主导地位企业的审计监督，由国务院规定。

(4) 国家建设项目预算的执行情况和决算。

(5) 政府部门管理的和社会团体受政府委托管理的社会保障基金、社会捐赠资金，以及其他有关基金、资金的财务收支。

(6) 国际组织和外国政府援助、贷款项目的财务收支。

(7) 其他法律、行政法规规定应当由审计机关进行审计的事项。

### (三) 审计机关的权限

根据《审计法》的有关规定，审计机关进行审计时，具有下列权限：

(1) 有权要求被审计单位按照规定报送预算或者财务收支计划、预算执行情况、决算、财务报告。

(2) 有权检查被审计单位的会计凭证、会计账簿、会计报表，以及其他与财政收支或者财务收支有关的资料和资产。

(3) 有权就审计事项的有关问题向有关单位和个人进行调查，并取得有关证明材料。

(4) 有权制止被审计单位正在进行的违反国家规定的财政收支、财务收支行为。制止无效的，经县级以上审计机关负责人批准通知财政部门及有关主管部门暂停拨付与此有关的款项；已经拨付的，暂停使用。采取该项措施不得影响被审计单位合法的业务活动和生产经营活动。

(5) 审计机关认为被审计单位所执行的上级主管部门有关财政收支、财务收支的规定与法律、行政法规相抵触的，应当建议有关主管部门纠正。有关主管部门不予纠正的，审计机关应当提请有权处理的机关依法处理。

(6) 审计机关可以向政府有关部门通报或者向社会公布审计结果。

## 四、审计程序

审计程序，是指审计机关和审计人员对审计项目实施审计的自始至终的工作步骤。为了实现审计工作的制度化，保证审计监督活动的顺利进行，《审计法》对审计程序做了如下规定。

### (一) 审计准备

审计机关根据审计项目计划确定的审计事项，组成审计组，并应当在实施审计 3 日前，向被审计单位送达审计通知书。

## （二）实施审计

审计人员通过审查会计凭证、会计账簿、会计报表，查阅与审计事项有关的文件、资料，检查现金、实物、有价证券，向有关单位和个人调查等方式进行审计，并取得证明材料。

## （三）提出审计报告

审计组对审计事项实施审计后，应当向审计机关提出审计报告。审计报告报送审计机关前，应当征求被审计单位的意见。被审计单位应当自接到审计报告之日起 10 日内，将其书面意见送交审计组或者审计机关。

## （四）出具审计意见书，做出审计决定

审计机关在审定审计报告时，应当对审计事项做出评价，出具审计意见书。对违反国家规定的财政收支、财务收支行为，需要依法给予处理、处罚的，在法定职权范围内做出审计决定，或者向有关主管机关提出处理、处罚意见。

审计机关应当自收到审计报告之日起 30 日内，将审计意见书和审计决定送达被审计单位和有关单位。

审计决定自送达之日起生效。

# 五、法律责任

根据《审计法》的有关规定，违反《审计法》的行为可以分为两类：一类是被审计单位及其有关人员的违法行为，另一类是审计人员的违法行为。《审计法》对这两类行为分别做出了处罚规定。

## （一）对被审计单位及其有关人员违反审计法的处罚

被审计单位拒绝或者拖延提供与审计事项有关的资料的，或者拒绝、阻碍检查的，审计机关责令改正，可以通报批评，给予警告；拒不改正的，依法追究责任。

被审计单位转移、隐匿、篡改、毁弃会计凭证、会计账簿、会计报表及其他与财政收支或财务收支有关的资料的，审计机关应当向被审计单位或者其上级机关、监察机关提出对负有直接责任的主管人员和其他直接责任人员给予行政处分的建议；构成犯罪的由司法机关依法追究刑事责任。

被审计单位转移、隐匿违法取得的资产的，审计机关认为对负有直接责任的主管人员和其他直接责任人员依法应当给予行政处分的，应当提出建议，被审计单位或者上级机关、监察机关应当依法及时做出决定；构成犯罪的，由司法机关依法追究刑事责任。

被审计单位有违反国家规定的财务收支行为的，审计机关、人民政府或者有关主管部门在法定职权范围内，依法责令限期缴纳应当上缴的收入，限期退还违法所得，限期退还被侵占的国有资产，以及采取其他纠正措施，并可依法给予处罚。

审计机关认为对上述行为负有直接责任的主管人员和其他直接责任人员，依法应当给予行政处分的，应当提出建议，被审计单位或者上级机关、监察机关应当依法及时做出决定；构成犯罪的，由司法机关依法追究刑事责任。

报复陷害审计人员，构成犯罪的，依法追究刑事责任；不构成犯罪的，给予行政处分。

## （二）对审计人员违反审计法的处罚

《审计法》第四十九条规定：“审计人员滥用职权、徇私舞弊、玩忽职守，构成犯罪的，依法追究刑事责任；不构成犯罪的，给予行政处分。”



## 思考题

1. 简述会计法的基本原则。
2. 简述我国会计工作领导体制的有关内容。
3. 简述会计核算内容。
4. 简述我国的会计监督体系。
5. 说明单位内部会计监督的主体和对象。
6. 简述我国审计体系的组成。



## 案例分析题

某电池销售公司会计账簿设置混乱。总账账页与明细账附在一起；库存商品明细账只有数量没有金额。会计凭证填制手续不全，原始凭证复印件较多。资金管理混乱，账外资金 16.5 万元。总账与明细账余额相差 257.25 万元，库存商品卡片比总账溢出 431.28 万元，长期不核对。该公司指定其所属单位将应当列入本单位营业收入的 53 万多元现金上交公司，收到资金后，不计入法定会计账册，而是私自存放。先后以半年奖、年终奖、突出贡献奖等多种名目发给单位职工，合计达 49 万余元。

问：该公司违反了《会计法》的哪些规定？应当如何处理？

# 第十四章 税收法律制度

## 本章目的和任务

通过本章的学习，要求学生掌握税收的基本特征、税法构成要素、流转税和所得税的有关规定、税款征收方式及措施、违反税法的法律责任；理解税收的概念、其他税收法律制度的有关规定、税务管理的内容、税务检查；了解税法的含义、税法立法情况、税收分类、危害税收征管罪，并且能够运用所学的税收知识解决实际工作中税收计算问题，促进依法计税。

## 本章要点

- 税收基本知识
- 现行税制主要内容
- 税收征管法

## 第一节 税法概述

### 一、税收的概念、特征和作用

#### （一）税收的概念与特征

税收是国家为实现国家职能，凭借政治权利，按照法律规定的标准，无偿取得财政收入的一种特定分配方式。税收体现的是作为主体的国家与社会集团、社会成员之间的一种特定收入分配关系，它是国家财政收入的主要形式和调节经济的重要杠杆。

税收具有强制性、无偿性和固定性三个特性。

（1）强制性。税收是国家以社会管理者身份，凭借政治权利，通过颁布法律或政令强制征收的。负有纳税义务的社会集团和社会成员，都必须遵守国家强制性的税收法令，依法纳税，否则就要受到法律制裁。

（2）无偿性。纳税是国家凭借政治权利，将社会集团和社会成员的一部分收入归国家

所有，国家不向原纳税人支付任何报酬或代价，也不再直接偿还给原来的纳税人。

（3）固定性。税收是按照国家法令预定的标准征收的，即征税对象、税目、税率、纳税义务人、计算纳税办法和期限等都是税收法令预先规定了的，有一个比较稳定的使用期限，是国家的一种固定的连续性收入。对于税法预先规定的标准，征税和纳税双方都必须遵守。

## （二）税收的作用

税收具有组织收入、调节经济、监督管理和维护国家政权等方面的作用。

（1）税收是国家组织财政收入的主要形式和工具。税收组织财政收入的作用主要表现在两个方面：一是由于税收具有强制性、无偿性和固定性，因而能保证其收入的稳定；二是税收的源泉十分广泛，能从多方面筹集财政收入。

（2）税收是国家调控经济的重要杠杆之一。国家通过税种的设置，以及在税目、税率、加成征收或减免税等方面的规定，可以调节社会生产、交换、分配和消费，促进社会经济健康发展。

（3）税收是对客观经济情况进行监督管理的重要手段。国家在征收税款过程中，一方面要查明情况，正确计算并征收税款；另一方面又能发现纳税人在生产经营过程中或是在缴纳税款过程中存在的问题。国家税务征收部门对在征税过程中发现的问题，既可以采取措施纠正，也可以通知纳税人或政府有关部门及时解决。

（4）税收具有维护国家政权的作用。国家政权是税收产生和存在的必要条件，而国家政权的存在又依赖于税收的存在。没有税收，国家机器就不可能有效运转。同时，税收分配不是按照等价原则和所有权原则分配的，而是凭借政治权利，对物质利益进行调节，体现国家支持什么、限制什么，从而达到巩固国家政权的政治目的。

## 二、税收的分类

税收的分类是指按照一定的标准对于不同税种进行归类。我国对税种的分类，依据不同的标准，通常有以下几种主要分类方法：

（1）按课税对象分类。这是最常见的一种税收分类方法。按课税对象分类，可将全部税种划分为流转税类、所得税类、财产税类、资源税类和行为税类五种类型。

（2）按征收管理体系分类。我国的税收按照征收管理的分工体系进行分类，可分为工商税类、关税类和农业税类。

（3）按税收的征收权限和收入支配权限分类。按此分类方法，可以将全部税种分为中央税、地方税和中央地方共享税。这种划分明确了在财政收支管理上中央与地方的关系，有利于调动中央和地方的积极性。

（4）按计税标准分类。根据计税标准的不同，可以把税种划分为从价税和从量税。

（5）根据税收与价格的依存关系分类。按此分类，可以把税种划分为价内税和价外税。

此外，还有根据税收收入的形态分为实物税和货币税，根据征税的法定期限分为经常税和临时税，根据税收管辖对象分为国内税和国外税，根据税收用途分为一般税和特定税等。

### 三、税法的概念及构成要素

税法是国家制定的用以调整国家与纳税人之间在征纳税方面的权利与义务关系的法律规范的总称。

税法的构成要素，是指税法应当具备的必要因素和内容。税法的构成要素一般包括：征税人、纳税义务人、征税对象、税目、税率、计税依据、纳税环节、纳税期限、纳税地点、减免税、法律责任等。

#### （一）征税人

征税人是指代表国家行使税收征管职权的各级税务机关和其他征收机关。因税种的不同，可能有不同的征税人，如增值税的征税人是税务机关，关税的征税人是海关。

#### （二）纳税义务人

纳税义务人也称纳税人，是指税法规定的直接负有纳税义务的单位和个人。纳税义务人可以是自然人，也可以是法人或其他社会组织。纳税义务人是税收制度中区别不同税种的重要标志之一，因此每个税种都应明确规定各自的纳税义务人。

#### （三）征税对象

征税对象又称为课税对象，是指对什么征税，是税收法律关系中权利义务所指的对象。征税对象包括物或行为，它是区别不同类型税种的主要标志。不同的征税对象构成不同的税种。根据征税对象的不同，可分为对流转额征税、对所得额征税、对财产征税、对资源征税、对特定行为征税等。

#### （四）税目

税目是指税法中规定的征税对象的具体项目，是征税的具体根据，它规定了征税对象的具体范围。

#### （五）税率

税率是指应纳税额与征税对象的比例或征收额度，它是计算税额的尺度。税率是税法

的核心要素，税率的高低，直接关系到国家收入的多少和纳税义务人的负担轻重，因此，每一种税的适用税率都必须在税法中事先明确规定。我国现行税率主要有以下三种：

（1）比例税率。是指对同一征税对象，不论其数量多少，数额大小，均按同一个比例征收的税率。

（2）定额税率。是指对单位征税对象规定固定的税额，而不采用百分比的形式。它适用于从量计征的税种。

（3）累进税率。是指按征税对象的多少划分若干等级，分别规定不同的税率，随征税对象数额增加而递增。征税对象数额越大，税率越高。累进税率可分为全额累进税率、超额累进税率、超率累进税率、超倍累进税率。

1）全额累进税率，是指对征税对象的全部数额都按照与此相适应的等级税率计算征税的一种累进税率，即把征税对象的数额划分为若干个等级，然后就征税对象全额按相应的等级税率征税。目前，我国的税收法律制度中已不采用这种税率。

2）超额累进税率，是指对征税对象的全部数额分别按规定的各个级距的适用税率计算征收的一种累进税率，即把征税对象的数额划分为若干个等级，各等级分别适用相应的等级税率征税。当征税对象超过某一级距时，仅就超过的这一部分按较高一级的税率计税，而不像全额累进那样全部都按较高一级税率计税。这是我国现行税法中采用的税率。

3）超率累进税率，是指以征税对象数额的相对率为累进依据，按累进方式计算应纳税额的税率。采取超率累进税率，首先需要确定征税对象数额的相对率，然后再把征税对象的相对率从低到高划分若干级次，分别规定不同的累进税率。计税时，先按各级相对率计算出应纳税的征税对象数额，再按对应的税率分别计算各级税额，最后汇总求出全部应纳税额。如《中华人民共和国土地增值税暂行条例》中，按土地增值额和扣除项目金额的比例的不同，划分为四个等级，并规定了四级超率累进税率。

4）超倍累进税率，是指以征税对象数额相当于计税基数的倍数为累进依据计算应纳税额的税率。采用超倍累进税率，首先必须确定计税基数，然后把纳税对象数额按相当于计税基数的倍数划分若干等级，分别规定不同的税率，再分别计算应纳税额。

#### （六）纳税环节

纳税环节是指税法规定的商品从生产到消费的流转过程中缴纳税款的环节。商品从生产到消费要经过许多流转环节，在税收上只选择其中一定环节规定为缴纳税款的环节。

#### （七）纳税期限

纳税期限是指纳税人发生纳税义务后，应依法缴纳税款的期限。纳税期限可以分为两种：一种是按期纳税，另一种是按次纳税。



### （八）纳税地点

纳税地点是指根据各个税种纳税对象的纳税环节和有利于对税款的源泉控制而规定的纳税人（包括代征、代扣、代缴义务人）的具体纳税地点。

### （九）减免税

减免税是指国家对某些纳税人和征税对象给予鼓励和照顾的一种特殊规定。它主要包括三个方面的内容：

（1）减税和免税。减税是指应征税额中减征部分税款，免税是对按规定应征收的税款全部免除。

（2）起征点。起征点是指对征税对象达到一定数额才开始征税的界限。征税对象的数额没有达到规定数额的不征税；征税对象的数额达到规定数额的，就其全部数额征税。

（3）免征额。免征额是指对征税对象总额中免于征税的数额。即将纳税对象中的一部分给予减免，只就减除后的剩余部分计征税款。

### （十）法律责任

法律责任是指对违反国家税法规定的行为人采取的处罚措施。纳税人和税务人员违反税法规定，都将依法承担法律责任。



在税法的构成要素中，纳税人、课税对象、税率是三个基本要素，其中税率是核心要素。

## 第二节 现行税制的主要内容

### 一、流转税法

流转税是依据商品或非商品的流转额为征税对象的一类税，其特点是：

第一，征税是紧随商品交换和非商品服务进行的；

第二，计税依据是商品的价格和劳务服务收费标准，税额是商品价格或服务收费标准的组成部分。

这一类税包括增值税、消费税、营业税、进出口关税、城乡维护建设税。

#### （一）增值税

增值税是以应税货物和应税劳务新增加的价值（即增值额）为征税对象的一种税。



相关链接

1993年11月26日，国务院第12次常务会议通过并发布了《中华人民共和国增值税暂行条例》（以下简称《增值税暂行条例》），并于1994年1月1日起开始施行。同时决定在全国范围内推行以增值税为主体的流转税制度。与此同时，财政部发布了该条例的实施细则。

### 1. 纳税主体

凡是在我国境内从事销售货物或者提供加工、修理修配劳务以及进口货物的单位和个人，为增值税的纳税人。

### 2. 税率

按照《增值税暂行条例》的规定，增值税采用三种不同的比例税率，其中：

（1）纳税人销售或者进口货物以及提供加工、修理修配劳务的，税率为17%。

（2）纳税人销售或者进口粮食、食用植物油，自来水、暖气、冷气、热水、煤气、石油液化气、天然气、沼气、居民用煤炭制品，图书、报纸、杂志，饲料、化肥、农药、农机、农膜，以及国务院规定的其他货物的，税率为13%。

（3）纳税人出口货物，除国务院另有规定的外，税率为零。

（4）小规模纳税人适用征收率的规定，即工业企业小规模纳税人的征收率为6%，商业企业小规模纳税人的征收率为4%。

### 3. 应纳税额的计算

（1）纳税人销售货物或者提供应税劳务，应纳税额为当期销项税额抵扣当期进项税额的余额，其计算公式为：

$$\text{应纳增值税额} = \text{当期销项税额} - \text{当期进项税额}$$

因当期销项税额小于当期进项税额不足抵扣时，其不足部分可以结转下期继续抵扣。

销项税额是指纳税人销售货物或者提供应税劳务，按照销售额依率计算并向购买方收取的增值税税额。

其计算公式为：

$$\text{销项税额} = \text{销售额} \times \text{税率}$$

其中销售额为纳税人销售货物或提供应税劳务向购买方收取的全部价款和价外费用，但不包括收取的销项税额。如果纳税人销售货物或者提供应税劳务的价格明显偏低而无正当理由的，其销售额由主管税务机关核定。纳税人销售货物或者提供应税劳务，应当向购买方开具增值税专用发票，并在增值税专用发票上分别注明销售额或者销项税额。

进项税额是指纳税人购进货物或者接受应税劳务所支付或者负担的增值税额。

准予从销项税额中抵扣的进项税额，仅限于下列增值税扣税凭证上注明的增值税额：

① 从销售方取得的增值税专用发票上注明的增值税额；② 从海关取得的完税凭证上注明的增值税额。但购进免税农业产品准予抵扣的进项税额，按照买价和 13% 的扣除率计算，即：

$$\text{进项税额} = \text{买价} \times 13\%$$

下列项目的进项税额不得从销项税额中抵扣：① 购进固定资产；② 用于非应税项目的购进货物或者接受应税劳务；③ 用于免税项目的购进货物或者接受应税劳务；④ 用于集体福利或者个人消费的购进货物或者接受应税劳务；⑤ 非正常损失的购进货物；⑥ 非正常损失的在产品、产成品所耗用的购进货物或者接受应税劳务。

（2）小规模纳税人销售货物或者接受应税劳务实行简易办法计算应纳税额。即按照销售额和规定的征收率来计算应纳税额，而不抵扣任何进项税额，其计算公式为：

$$\text{应纳税额} = \text{销售额} \times \text{征收率}$$

（3）纳税人进口货物，按组成计税价格依率直接计算应纳税额，不抵扣任何税额。组成计税价格和应纳税额的计算公式分别为：

$$\text{组成计税价格} = \text{关税完税价格} + \text{关税} + \text{消费税}$$

$$\text{应纳税额} = \text{组成计税价格} \times \text{税率}$$

进口货物的增值税由海关代征。

#### 4. 纳税地点和纳税期限

（1）纳税地点。固定业户应向所在地主管税务机关申报纳税。总机构和分支机构不在同一县（市）的，应当分别向各自所在地主管税务机关申报纳税。经国家税务总局或其授权的税务机关批准，可以由总机构汇总向总机构所在地主管税务机关申报纳税。

固定业户到外县（市）销售货物的，应当向其机构所在地主管税务机关申请开具外出经营活动税收管理证明，向其机构所在地主管税务机关申报纳税。未持有其机构所在地主管税务机关核发的外出经营活动税收管理证明，到外县（市）销售货物或者提供应税劳务的，应当向销售地主管税务机关申报纳税。未向销售地主管税务机关申报纳税的，由其机构所在地主管税务机关补征税款。

非固定业户销售货物或者提供应税劳务，应当向销售地主管税务机关申报纳税。

进口货物的，应当由进口人或其代理人向报关地海关申报纳税。

（2）纳税期限。增值税的纳税期限分别为 1 日、3 日、5 日、10 日、15 日或者 1 个月。纳税人的具体纳税期限，由主管税务机关根据纳税人应纳税额的大小分别核定。不能按照

固定期限纳税的，可以按次纳税。纳税人以1个月为一期纳税的，自期满之日起10日内申报纳税；以1日、3日、5日、10日或者15日为一期纳税的，自期满之日起5日内预缴税款，于次月1日起10日内申报纳税并结清上月应纳税款。纳税人进口货物，应当自海关填发税款缴纳凭证之日起15日内缴纳税款。

纳税人出口适用税率为零的货物，向海关办理出口手续后，凭出口报关单等有关凭证，可以按月向税务机关申报办理该项出口货物的退税。出口货物办理退税后发生退货或者退关的，纳税人应当依法补交已退的税款。

## （二）消费税

消费税是对应税消费品征收的一种税。目前只对少数商品征收。



### 相关链接

1993年11月26日，国务院第12次常务会议通过并发布《中华人民共和国消费税暂行条例》（以下简称《消费税暂行条例》），对消费税的征收做了明确的规定。《消费税暂行条例》于1994年1月1日起开始施行。与此同时，财政部发布了该条例的实施细则。

### 1. 纳税主体

在我国境内生产、委托加工和进口《消费税暂行条例》规定的应税消费品的单位和个人，都是消费税的纳税义务人。

### 2. 税目和税率

消费税的税目目前只有11个，即：烟、酒及酒精、化妆品、护肤护发品、贵重首饰及珠宝玉石、鞭炮焰火、汽油、柴油、汽车轮胎、摩托车、小汽车。消费税税率实行比例税率和定额税率，其中比例税率分为10个高低不同的档次，最高的为45%，最低的为3%。纳税人兼营不同税率的应税消费品，应当分别核算不同税率应税消费品的销售额、销售数量。未分别核算销售额、销售数量，或者将不同税率的应税消费品组成成套消费品销售的，从高适用税率。

### 3. 纳税环节

纳税人生产的应税消费品于销售时纳税。纳税人自产自用的应税消费品，用于连续生产应税消费品的，不纳税；用于其他方面的，于移送使用时纳税。委托加工的应税消费品，由受委托方在向委托方交货时代收代缴税款。进口的应税消费品，报关时纳税。

#### 4. 应纳税额的计算

消费税实行从价定率或者从量定额的办法计算应纳税额。应纳税额计算公式为：

$$\begin{aligned}\text{实行从价定率办法计算的应纳税额} &= \text{销售额} \times \text{税率} \\ \text{实行从量定额办法计算的应纳税额} &= \text{销售数量} \times \text{单位税额}\end{aligned}$$

其中，销售额是指纳税人销售应税消费品向购买方收取的全部价款和价外费用。

纳税人自产自用的应税消费品，按照纳税人生产的同类消费品的价格计算纳税；没有同类消费品销售价格的，按照组成计税价格计算纳税。计算公式为：

$$\text{组成计税价格} = (\text{成本} + \text{利润}) \div (1 - \text{消费税税率})$$

进口的应税消费品，实行从价定率办法计算应纳税额的，按照组成计税价格计算纳税。组成计税价格的计算公式为：

$$\text{组成计税价格} = (\text{关税完税价格} + \text{关税}) \div (1 - \text{消费税税率})$$

纳税人应税消费品的计税价格明显偏低而又无正当理由的，由主管税务机关核定其计税价格。消费税由税务机关征收，进口的应税消费品的消费税由海关代征。

对纳税人出口应税消费品，除国务院另有规定的外免征消费税。

#### （三）营业税

营业税是对提供劳务、转让无形资产或销售不动产的单位和个人就其营业额征收的一种税。



##### 相关链接

为了调节不同行业的盈利水平，实行多环节征税，1993年11月26日国务院第12次常务会议通过并发布了《中华人民共和国营业税暂行条例》（以下简称《营业税暂行条例》），并自1994年1月1日起施行。

#### 1. 纳税主体

《营业税暂行条例》规定，在我国境内提供应税劳务、转让无形资产或者销售不动产的单位和个人，为营业税的纳税义务人。

#### 2. 征税对象

营业税的征税对象为从事应税行为所取得的营业额。具体可分为三类，即：从事提供应税劳务的营业额；转让无形资产的转让额；销售不动产的销售额。

### 3. 税目和税率

营业税共设 9 个税目,即交通运输业、建筑业、金融保险业、邮电通信业、文化体育业、娱乐业、服务业、转让无形资产及销售不动产。营业税的税率均为比例税率。具体为:交通运输业、建筑业、邮电通信业、文化体育业为 3%,金融保险业为 5%,服务业、转让无形资产及销售不动产为 5%,娱乐业为 5%~20%。其中纳税人经营娱乐业具体适用的税率,由省、自治区、直辖市人民政府在规定的幅度内决定。纳税人兼有不同税目应税行为的,应当分别核算不同税目的营业额;未分别核算营业额的,从高适用税率。

### 4. 应纳税额的计算

纳税人提供应税劳务、转让无形资产或者销售不动产,按照营业额和规定的税率计算应纳税额。应纳税额的计算公式为:

$$\text{应纳税额} = \text{营业额} \times \text{税率}$$

其中,营业额是指纳税人提供应税劳务、转让无形资产或者销售不动产向对方收取的全部价款和价外费用。但下列情形除外:

(1) 运输企业自我国境内运输旅客或者货物出境,在境外改由其他运输企业承运旅客或者货物的,以全程运费减去付给该承运企业的运费后的余额为营业额。

(2) 旅游企业组织旅游团到我国境外旅游,在境外改由其他旅游企业接团的,以全程旅游费减去付给该接团企业的旅游费后的余额为营业额。

(3) 建筑业的总承包人将工程分包或者转包给他人的,以工程的全部承包额减去付给分包人或者转包人的价款后的余额为营业额。

(4) 转贷业务,以贷款利息减去借款利息后的余额为营业额。

(5) 外汇、有价证券、期货买卖业务,以卖出价减去买入价后的余额为营业额。

(6) 财政部规定的其他情形。

营业税由税务机关征收。需代扣代缴的,其扣缴义务人分别是:委托金融机构发放贷款的金融机构为扣缴义务人;建筑安装业务实行分包或者转包的,总承包人为扣缴义务人;财政部规定的其他扣缴义务人。

### 5. 减税、免税

《营业税暂行条例》规定,下列项目免征营业税:

- (1) 托儿所、幼儿园、养老院、残疾人福利机构提供的育养服务、婚姻介绍、殡葬服务;
- (2) 残疾人员个人提供的劳务;
- (3) 医院、诊所和其他医疗机构提供的医疗服务;
- (4) 学校和其他教育机构提供的教育劳务,学生勤工俭学提供的劳务;

（5）农业机耕、排灌、病虫害防治、植保、农牧保险以及相关技术培训业务、家禽、牲畜、水生物的配种和疾病防治；

（6）纪念馆、博物馆、文化馆、美术馆、展览馆、书画院、图书馆、文物保护单位举办文化活动的门票收入，宗教场所举办文化、宗教活动的门票收入。

除上述 6 项规定的以外，营业税的减税、免税项目由国务院规定。任何地区和部门均不得规定减税、免税项目。

纳税人兼营减税、免税项目的，应当单独核算减税、免税项目的营业额；未单独核算营业额的，不得减税、免税。



纳税人营业额未达到财政部规定的营业税起征点的，免征营业税。

## 6. 纳税地点

（1）纳税人提供应税劳务，应当向应税劳务发生地主管税务机关申报纳税。纳税人从事运输业务，应当向其机构所在地主管税务机关申报纳税。

（2）纳税人转让土地使用权，应当向土地所在地主管税务机关申报纳税，纳税人转让其他无形资产，应当向其机构所在地主管税务机关申报纳税。

（3）纳税人销售不动产，应当向不动产所在地主管税务机关申报纳税。

## 二、所得税法

所得税是以纳税人的纯收益或总收益为征税对象的一类税。其特点有以下三点：

- （1）征税对象是纳税人的所得额或收益额，税额的多少取决于纳税人的实际负担能力；
- （2）实行比例税率和累进税率；
- （3）一般按全年所得额或收益额征收，采取分期预缴、年终汇算清缴，多退少补。

目前所得税种类包括：企业所得税、外商投资企业和外国企业所得税、个人所得税、农业税。

### （一）企业所得税

企业所得税是对除外商投资企业和外国企业以外的我国境内的企业从事生产、经营所得和其他所得征收的一种税。



#### 相关链接

1993 年 11 月 26 日国务院第 12 次常务会议通过并发布了《中华人民共和国企业所得税暂行条例》（以下简称《企业所得税暂行条例》），规定从 1994 年 1 月 1 日起开始施行。

### 1. 纳税主体

按照《企业所得税暂行条例》的规定,企业所得税的纳税义务人为下列实行独立经济核算的企业或者组织:国有企业、集体企业、私营企业、联营企业、股份制企业、有生产经营所得和其他所得的其他组织。

### 2. 征税对象

企业所得税的征收对象是指一切独立核算的企业或者组织的生产、经营所得和其他所得,包括来源于中国境内、境外的全部生产、经营所得和其他所得。

### 3. 应纳税额的计算

纳税人应纳税额按应纳税所得额计算。所谓应纳税所得额是指纳税人每一纳税年度的收入总额减去准予扣除项目金额后的余额。计算公式如下:

$$\text{应纳税所得额} = \text{收入总额} - \text{准予扣除项目金额}$$

$$\text{应纳税额} = \text{应纳税所得额} \times \text{适用税率}$$

纳税人的收入总额包括:生产、经营收入,财产转让收入,利息收入,租赁收入,特许权使用费收入,股息收入及其他收入。

计算应纳税所得额时准予扣除的项目是指与纳税人取得收入有关的成本、费用、损失和税金。

下列项目,按照规定的范围、标准扣除:

(1) 纳税人在生产、经营期间,向金融机构借款的利息支出,按照实际发生数扣除;向非金融机构借款的利息支出,按照不高于金融机构同类、同期贷款利率计算的数额以内的部分,准予扣除。

(2) 纳税人支付给职工的工资,按照计税工资扣除。计税工资的具体标准,在财政部规定的范围内,由省、自治区、直辖市人民政府规定,报财政部备案。

(3) 纳税人的职工工会经费、职工福利费、职工教育经费分别按照计税工资总额的 2%、14%、1.5% 计算扣除。

(4) 纳税人用于公益、救济性的捐赠,在年度应纳税所得额 3% 以内的部分,准予扣除。除上述规定的以外的其他项目,依照法律、行政法规和国家有关税收的规定扣除。

在计算应纳税所得额时,下列项目不得扣除:

- (1) 资本性支出;
- (2) 无形资产受让、开发支出;
- (3) 违法经营的罚款和被没收财物的损失;
- (4) 各项税收的滞纳金、罚金和罚款;



- (5) 自然灾害或者意外事故损失有赔偿的部分；
- (6) 超过国家规定允许扣除的公益、救济性捐赠，以及非公益、救济性的捐赠；
- (7) 各种赞助支出；
- (8) 与取得收入无关的其他各项支出。

纳税人来源于中国境外的所得，已在境外缴纳的所得税税款，准予在汇总纳税时，从其应纳税额中扣除，但是扣除额不得超过其境外所得依照《企业所得税暂行条例》规定计算的应纳税额。

#### 4. 税率

企业所得税的税率采用比例税率，为 33%。同时又规定了两档照顾性税率，即年应纳税所得额在 3 万元以下（含 3 万元）的，税率为 18%；年应纳税所得额在 10 万元以下（含 10 万元）至 3 万元的税率为 27%。

#### 5. 企业经营亏损的弥补

《企业所得税暂行条例》规定，纳税人在某一年度发生亏损的，可以用下一纳税年度的所得弥补；下一纳税年度的所得不足弥补的，可以逐年延续弥补，但是延续弥补期最长不得超过 5 年。

#### 6. 纳税期限和纳税地点

缴纳企业所得税按年计算，分月或分季预缴。月份或者季度终了后 15 日内预缴，年度终了后 4 个月内汇算清缴，多退少补。除国家另有规定外，企业所得税由纳税人向其所在地主管税务机关缴纳。

### （二）个人所得税

个人所得税是对在我国境内有住所或居住的个人取得的所得和在我国无住所又不居住的个人从我国境内取得的所得征收的一种税。



#### 相关链接

1980 年 9 月 10 日，第五届人大第 3 次会议通过并颁布了《中华人民共和国个人所得税法》（以下简称《个人所得税法》），财政部 12 月 14 日公布了该法的实施细则。1993 年 10 月 31 日，第八届全国人大常委会第 4 次会议又通过了关于修改《中华人民共和国个人所得税法》的决定，并将个人收入调节税和城市个体工商户所得税并入了个人所得税中。1999 年 8 月 30 日，第九届全国人民代表大会常务委员会第 11 次会议通过了《关于修改〈中华人民共和国个人所得税法〉的决定》，修改后的个人所得税法自公布之日起开始施行。

### 1. 纳税主体

个人所得税的纳税主体有两类：一类是在中国境内有住所，或者是无住所而在境内居住满 1 年的个人，这一类纳税人就其从中国境内外取得的所得负有无限纳税义务。另一类是在中国境内无住所又不居住，或者无住所而在境内居住不满 1 年的个人，这一类纳税人只就其从中国境内取得的所得负有有限的纳税义务。从 2000 年 1 月 1 日起，个人独资企业和合伙企业也是个人所得税的纳税人。

### 2. 征税对象

个人所得税的征税对象包括：工资、薪金所得，个体工商户的生产经营所得，对企事业单位的承包经营、承租经营所得，劳务报酬所得，稿酬所得，特许权使用费所得，利息、股息、红利所得，财产租赁所得，财产转让所得，偶然所得，以及经国务院财政部门确定征税的其他所得。

### 3. 税率

根据个人所得来源不同，分为超额累进税率和比例税率，具体为：

- (1) 工资、薪金所得，适用 5%~45% 的九级超额累进税率。
- (2) 个体工商户的生产、经营所得，对企事业单位的承包经营、承租经营所得，个人独资企业和合伙企业投资者生产经营所得，适用 5%~35% 的五级超额累进税率。
- (3) 稿酬所得，适用 20% 的比例税率，并按应纳税额减征 30%。
- (4) 劳务报酬所得，适用 20% 的比例税率。对一次收入畸高的，可以实行加成征收。
- (5) 其他所得适用 20% 的比例税率。

### 4. 应纳税所得额的计算

- (1) 工资、薪金所得，以每月收入额减除费用 1 600 元后的余额为应纳税所得额。
- (2) 个体工商户的生产、经营所得，以每一纳税年度的收入总额，减除成本、费用以及损失后的余额，为应纳税所得额。个人独资企业、合伙企业投资者的所得，参照个体工商户的生产、经营所得确定。
- (3) 对企事业单位的承包经营、承租经营所得，以每一纳税年度的收入总额，减除必要费用后的余额，为应纳税所得额。
- (4) 劳务报酬所得、稿酬所得、特许权使用费所得、财产租赁所得，每次收入不超过 4 000 元的，减除 800 元；4 000 元以上的，减除 20% 的费用，其余额为应纳税所得额。
- (5) 财产转让所得，以转让财产的收入额减除财产原值和合理费用后的余额，为应纳税所得额。
- (6) 利息、股息、红利所得，偶然所得和其他所得，以每次收入额为应纳税所得额。

## 5. 减免税

按照《个人所得税法》的规定，有下列情形之一的，经批准可以减税：

- （1）残疾、孤老人员和烈属的所得；
- （2）因严重自然灾害造成重大损失的；
- （3）其他经国务院财政部门批准减税的。

下列各项个人所得可以免税：

- （1）省级人民政府、国务院各部委和中国人民解放军军以上单位，以及外国组织、国际组织颁发的科学、教育、文化、技术、卫生、体育、环境保护等方面的奖金；
- （2）国债和国家发行的金融债券利息；
- （3）按照国家统一规定发给的补贴、津贴；
- （4）福利费、抚恤金、救济金；
- （5）保险赔款；
- （6）军人的转业费、复员费；
- （7）按照国家统一规定干部、职工的安家费、退职费、退休费、离休工资、离休生活补助费；
- （8）依照我国有关法律规定应予免税的各国驻华使馆、领事馆的外交人员所得；
- （9）中国政府参加的国际公约、签订的协议中规定免税的所得；
- （10）经国务院财政部门批准免税的所得。

### （三）外商投资企业和外国企业所得税法

外商投资企业和外国企业所得税是向在中国的外商投资企业和从中国境内取得应税所得的外国企业征收的一种所得税。



#### 相关链接

1991年4月9日经中华人民共和国第七届全国人民代表大会第4次会议通过，并公布了《中华人民共和国外商投资企业和外国企业所得税法》，自1991年7月1日起施行。

## 1. 纳税主体

外商投资企业和外国企业所得税的纳税人，包括：

- （1）中外合资经营企业；
- （2）中外合作经营企业；
- （3）外资企业；
- （4）在我国境内设立机构、场所，从事生产、经营的外国公司、企业和其他经济组织；

(5) 在我国境内没有设立机构、场所，而有来源于我国的股息、利息、租金、特许权使用费的外国公司、企业和其他经济组织。

## 2. 征收对象

外商投资企业和外国企业所得税的征税对象是指外商投资企业和外国企业在中国境内的生产、经营所得和其他所得。

## 3. 税率

根据所得的不同形态，采取以下不同的比例税率：

(1) 外商投资企业和在中国境内设立机构场所的外国企业，企业所得税税率为 30%，另按应纳税所得额征收 3% 的地方所得税。

(2) 外国公司、企业和其他经济组织在中国境内没有设立机构、场所，而有来源于中国境内的股息、利息、租金、特许权使用费和其他所得，按 10% 的比例税率征收预提所得税。

## 4. 减免税优惠

国家按照产业政策，引导外商投资方向，鼓励兴办采用先进技术、设备，产品全部或者大部分出口的外商投资企业。除了生产性（不包括石油、天然气、稀有金属、贵重金属等资源开采项目）企业经营期 10 年以上的，可以从开始获利的年度起，开始两年免征所得税，第 3 年至第 5 年减半征收所得税外，还根据中国对外形成的由沿海向内地扩建的格局采取了分地区、有重点、多层次的涉外税收优惠。

## 5. 纳税期限

缴纳外商投资企业和外国企业所得税和地方所得税，按年计算，分季预缴。季度终了后 15 日内预缴；年度终了后 5 个月内汇算清缴，多退少补。

# 三、其他税收法律制度

## (一) 财产税法

财产税是指以国家规定的纳税人的某些特定财产数量和价值额为征税对象的一类税。调整财产税关系的法律规范的总称，称为财产税法。



### 知 识 库

我国现行财产税法规主要有 1986 年 9 月 15 日国务院发布的《房产税暂行条例》和《契税暂行条例》。现行财产税种较少，征税面也较窄。随着经济的发展，改革的深化，我国在财产税方面将会有较大的改观。我国将开设遗产税和赠与税。

## （二）行为税法

行为税是以某种特定行为的发生，对行为人加以课税为目的的一种税。我国现行的行为税法规主要有《印花税暂行条例》、《车船使用税暂行条例》、《屠宰税暂行条例》等。在我国整个税法体系中，行为税法是不可缺少的组成部分。它对某些特定行为课税，用以规范、引导、控制和管理经济行为、消费行为等，达到调节和保护经济关系的目的。

## 第三节 税收征收管理法

### 一、税收征管法概述

税收征收管理法律制度是国家税法体系的重要组成部分。税收征收管理是税务机关代表国家行使征税权，指导纳税人正确履行纳税义务，对日常税收活动依法进行组织、管理、监督、检查的活动。



#### 知识库

税收征收管理是实现税收职能的必要手段。为了保证税收征收管理的依法顺利进行，1992年9月4日第七届全国人大常委会第二十七次会议通过了《中华人民共和国税收征收管理法》（以下简称《税收征管法》），并于1993年1月1日起施行。1993年8月4日，国务院发布了《中华人民共和国税收征收管理法实施细则》（以下简称《实施细则》），自发布之日起施行。1995年2月28日第八届全国人大常委会第十二次会议又做了修改，通过了《关于修改税收征收管理法的决定》。1997年3月14日第八届全国人大第五次会议修订的《中华人民共和国刑法》中增加了危害税收征管罪的有关规定，这是税收征收管理法律制度的重要组成部分。2001年4月28日第九届全国人民代表大会常务委员会第二十一次会议对《税收征管法》又做了修改，自2001年5月1日起施行。

税收征收管理法律制度的颁布和实施，对依法进行税收征管，保证征纳双方的权利和义务，具有重要意义。

### 二、税收征收管理机关及其职权

税收征收管理机关是指法律、法规规定负责税款征收和管理工作的职能机构，目前有国家税务局、地方税务局和海关三个系统。为了保证分税制的顺利实施，我国将原来的一套税务机构分设为国家税务局和地方税务局两套机构。国家税务局系统实行国家税务总局

垂直领导管理体制，负责中央税、中央与地方共享的征收和管理工作。从 1998 年起省以下地方税务局实行垂直领导管理体制，负责地方税的征收和管理工作。

关于税收征收管理机关的职权，根据《税收征管法》及有关法律、法规规定，税收征收管理机关的职权主要包括以下几个方面。

（1）税务管理。包括办理税务登记，受理纳税申报，对纳税人的账簿、凭证进行管理。

（2）税款征收。税务机关依照法律、行政法规的规定征收税款，并可行使一系列权利。如核定纳税人的税额，实施税收保全措施，采取强制执行措施等。

（3）税务检查。包括对纳税人的账务资料进行检查，到纳税人的生产、经营场所和货物存放地对纳税人的应纳税商品、货物或其他财产进行检查，询问纳税人和扣缴义务人有关纳税情况等。

（4）税务处罚。即税务机关对违法者实施的税务行政处罚措施，包括罚款、加收滞纳金等。

税收征收管理机关在行使职权时，也要承担相应义务和责任。《税收征管法》及其实施细则和有关法律对此也做出了相应规定。

### 三、税务管理

税务管理是《税收征管法》的核心内容。税务管理包括税务登记管理，账簿、凭证管理以及纳税申报管理三个方面。

#### （一）税务登记管理

企业、企业在外地设立的分支机构和从事生产、经营的场所，个体工商户和从事生产、经营的事业单位（以下统称从事生产、经营的纳税人）自领取营业执照之日起 30 日内，持有关证件，向税务机关申报办理税务登记。税务机关应当自收到申报之日起 30 日内审核并发给税务登记证件。

工商行政管理机关应当将办理登记注册、核发营业执照的情况，定期向税务机关通报。

从事生产、经营的纳税人，税务登记内容发生变化的，自工商行政管理机关办理变更登记之日起 30 日内或者在向工商行政管理机关申请办理注销登记之前，持有关证件向税务机关申报办理变更或者注销税务登记。

从事生产、经营的纳税人应当按照国家有关规定，持税务登记证件，在银行或其他金融机构开立基本存款账户和其他存款账户，并将其全部账号向税务机关报告。银行和其他金融机构应当在从事生产、经营的纳税人的账户中登录税务登记证件号码，并在税务登记证件中登录从事生产、经营的纳税人的账户账号。税务机关依法查询从事生产、经营的纳税人开立账户的情况时，有关银行和其他金融机构应当予以协助。

纳税人按照国家税务主管部门的规定使用税务登记证件。税务登记证件不得转借、涂改、买卖或者伪造。

## （二）账簿、凭证管理

从事生产、经营的纳税人、扣缴义务人，按照有关法律、行政法规和国务院财政、税务主管部门的规定设置账簿，根据合法、有效凭证记账，进行核算。

从事生产、经营的纳税人的财务、会计制度或者财务、会计处理办法和会计核算软件，报送税务机关备案，依照国务院或者国务院财政、税务主管部门有关税收的规定计算纳税。

税务机关是发票的主管机关，负责发票印制、领购、开具、取得等。单位、个人在购销商品、提供或接受经营服务以及从事其他经济活动中，应当按规定开具、使用、取得发票。

增值税专用发票由国务院税务主管部门指定的企业印制；其他发票，按照国务院税务主管部门的规定，分别由省、自治区、直辖市国家税务局、地方税务局指定企业印制。

国家根据税收征收管理的需要，积极推广使用税控装置。纳税人应当按照规定安装、使用税控装置，不得损毁或者擅自改动税控装置。

从事生产、经营的纳税人、扣缴义务人必须按照国务院财政、税务主管部门规定的保管期限保管账簿、记账凭证、完税凭证及其他有关资料，不得伪造、变造或者擅自损毁。

## （三）纳税申报管理

纳税人必须依照法律、行政法规规定或者税务机关依照法律、行政法规规定确定的申报期限内办理纳税申报，报送纳税申报表、财务会计报表，以及税务机关根据实际需要要求纳税人报送的其他纳税资料。扣缴义务人必须依照规定的申报期限、申报内容如实报送代扣代缴、代收代缴税款报告表以及税务机关根据实际需要要求扣缴义务人报送的其他有关资料。纳税人、扣缴义务人可以直接到税务机关办理纳税申报或者报送代扣代缴、代收代缴税款报告表，也可以按规定采取邮寄、数据电文或者其他方式办理上述申报、报送事项。纳税人、扣缴义务人不能按期办理纳税申报或者报送代扣代缴、代收代缴税款报告表的，经税务机关核准，可以延期申报。

# 四、税款征收

## （一）税款征收方式

根据《税收征管法》及其实施细则的规定，税款征收方式有以下五种：

（1）查账征收。查账征收是指纳税人依据账簿记载，先自行计算缴纳，事后经税务机关查账核实，如有不符时，可多退少补。这种征收方式主要对已建立会计账册、会计记录

完整的单位适用。采用查账征收的单位由税务机关确定。

(2) 查定征收。查定征收是指由税务机关根据纳税人的生产设备等情况,在正常条件下的生产销售情况,对其生产的应税产品查定产量和销售额,然后依率征收的一种征收方式。这种方式主要对生产不固定、账册不健全的单位适用。

(3) 查验征收。查验征收是指由税务机关派员对纳税人的应税产品进行查验,并贴上完税证、查验证或盖查验戳,凭证运销的方式。这种方式主要对生产和出售应税农、林、水产品和农村手工业品,以及经营小百货和单项品种的纳税人适用。

(4) 定期定额征收。定期定额征收是指先由纳税人自报生产经营情况和应纳税款,然后由同行业或者有关经济组织民主评议,再由税务机关对纳税人核定一定时期的税款征收率或征收额,实行增值税或营业税和所得税一并征收的一种征收方式。这种方式主要对一些营业额、所得额难以准确计算的小型纳税人适用。

(5) 其他征收方式。如代扣代缴、代收代缴、委托代征、邮寄申报纳税等。

## (二) 税款征收措施

为了保证税款征收的顺利进行,《税收征管法》赋予了税务机关在税款征收中可以根据不同情况采取必要的措施和手段的权利。

(1) 延期纳税。纳税人、扣缴义务人应当按照法律、行政法规规定或者税务机关依照法律、行政法规的规定确定的期限缴纳或解缴税款。纳税人因有特殊困难,不能按期缴纳税款的,经省、自治区、直辖市国家税务局、地方税务局批准,可以延期缴纳税款,但最长不得超过3个月。

(2) 加收滞纳金。纳税人、扣缴义务人未按照规定期限缴纳或者解缴税款的,税务机关除责令限期缴纳外,从滞纳税款之日起,按日加收滞纳税款万分之五的滞纳金。

(3) 核定应纳税额。纳税人有下列情形之一的,税务机关有权核定其应纳税额:① 依照法律、行政法规的规定可以不设置账簿的;② 依照法律、行政法规的规定应当设置但未设置账簿的;③ 擅自销毁账簿或拒不提供纳税资料的;④ 虽设置账簿,但账目混乱或者成本资料、收入凭证残缺不全,难以查账的;⑤ 发生纳税义务,未按照规定的期限办理纳税申报,经税务机关责令限期申报,逾期仍不申报的;⑥ 纳税人申报的计税依据明显偏低,又无正当理由的。

(4) 税收保全措施。税务机关有根据认为从事生产、经营的纳税人有逃避纳税义务行为的,可以在规定的纳税期之前,责令限期缴纳应纳税款;在限期内发现纳税人有明显的转移、隐匿其应纳税的商品、货物及其他财产或者应纳税的收入的迹象的,税务机关可以责成纳税人提供纳税担保。如果纳税人不能提供纳税担保,经县以上税务局(分局)局长批准,税务机关可以采取下列税收保全措施:一是书面通知纳税人开户银行或者其他金融



机构暂停支付纳税人的金额相当于应纳税款的存款；二是扣押、查封纳税人的价值相当于应纳税款的商品、货物或者其他财产。

纳税人在规定的期限内缴纳税款的，税务机关必须立即解除税收保全措施。限期期满仍未缴纳税款的，经县以上税务局（分局）局长批准，税务机关可以书面通知纳税人开户银行或者其他金融机构从其冻结的存款中扣缴税款，或者依法拍卖或者变卖所扣押、查封的商品、货物或者其他财产，以拍卖所得抵缴税款。

个人及其所抚养家属维持生活必需的住房和用品，不在税收保全措施的范围之内。

（5）强制执行措施。从事生产、经营的纳税人、扣缴义务人未按照规定的期限缴纳税款或者解缴税款，纳税担保人未按照规定的期限缴纳所担保的税款，由税务机关责令限期缴纳，逾期仍未缴纳的，经县以上税务局（分局）局长批准，税务机关可以采取下列强制执行措施：一是书面通知其开户银行或者其他金融机构从其存款中扣缴税款；二是扣押、查封、依法拍卖或者变卖其价值相当于应纳税款的商品、货物或者其他财产，以拍卖或者变卖所得抵缴税款。

税务机关采取强制执行措施时，对上述纳税人、扣缴义务人、纳税担保人未缴纳的滞纳金同时强制执行。

个人及其所抚养家属维持生活必需的住房和用品，不在强制执行措施的范围之内。

（6）其他行政措施。如欠缴税款的纳税人或者他的法定代表人需要出境的，应当在出境前向税务机关结清应纳税款、滞纳金或者提供担保，否则，税务机关可以通知出境管理机构阻止其出境。

税务机关扣押商品、货物或者其他财产时，必须开付收据；查封商品、货物或者其他财产时，必须开付清单。

## 五、税务检查

税务检查的主要内容是检查纳税人的纳税情况，检查纳税人遵守财务会计制度情况，检查税务人员执行税收征管制度的情况，了解纳税人的生产经营情况。

税务机关有权对纳税人的账簿、记账凭证、报表和有关资料及生产、经营情况进行检查；有权责成纳税人、扣缴义务人提供有关文件、证明材料和资料，询问其有关情况和问题；有权到有关部门检查纳税人托运、邮寄应纳税商品、货物或者其他财产的有关单据、凭证和资料；有权经县以上税务局（分局）局长批准，凭检查存款账户许可证明，查核纳税人、扣缴义务人在银行或者其他金融机构的存款账户。

税务机关在调查税收违法案件时，经设区的市、自治州以上税务局（分局）局长批准，可以查询案件涉嫌人员的储蓄存款。税务机关查询所获得的资料，不得用于税收以外的用途。

纳税人、扣缴义务人必须接受税务机关依法进行的税务检查，如实反映情况，提供有关资料，不得拒绝、隐瞒。

税务机关依法进行税务检查时，有关部门和单位应当支持、协助。

税务机关派出的人员在进行税务检查时，应当出示税务检查证件，并有责任为被检查人保守秘密。在调查税务违法案件时，对与案件有关的情况和资料，可以记录、录音、录像、照相和复制。

## 六、违反税法的法律责任

### （一）纳税人违反税法行为的法律责任

#### 1. 纳税人违反税收管理行为的法律责任

根据《税收征管法》、《税务登记管理办法》的规定，纳税人有下列行为之一的，由税务机关责令限期改正，可以处 2 000 元以下的罚款；情节严重的，处以 2 000 元以上 1 万元以下的罚款：

- （1）未按照规定期限办理税务登记、变更税务登记和注销税务登记的；
- （2）未按照规定设置、保管账簿或者保管记账凭证和有关资料的；
- （3）未按照规定将财务、会计制度或者财务、会计处理办法报送税务机关备查的；
- （4）未按照规定将其全部银行账号向税务机关报告的；
- （5）未按照规定安装、使用税控装置，或者损毁或者擅自改动税控装置的。

纳税人不办理税务登记的，由税务机关责令限期改正；逾期不改正的，经税务机关提请，由工商行政管理机关吊销其营业执照。

纳税人未按规定使用税务登记证件，或者转借、涂改、损毁、伪造税务登记证件的，处 2 000 元以上 10 000 元以下罚款；情节严重的，处 10 000 元以上 50 000 元以下罚款。

#### 2. 纳税人违反纳税申报规定行为的法律责任

根据《税收征管法》的规定，纳税人未按照税法规定的期限办理纳税申报和报送纳税资料的，由税务机关责令限期改正，可以处以 2 000 元以下的罚款，情节严重的，可以处以 2 000 元以上 1 万元以下的罚款。

#### 3. 纳税人偷税行为的法律责任

根据《税收征管法》的规定，纳税人采取伪造、变造、隐匿、擅自销毁账簿、记账凭证，或者在账簿上多列支出或者不列、少列收入，或者经税务机关通知申报而拒不申报，或者进行虚假的纳税申报等手段，不缴或者少缴应纳税款的，就是偷税。偷税数额不满 1 万元或者偷税数额占应纳税额不到 10% 的，由税务机关追缴其不缴或少缴的税款、滞纳金，

并处不缴或少缴的税款 50%以上 5 倍以下的罚款；偷税数额占应纳税额的 10%以上，并且偷税数额 1 万元以上的，或者因偷税被税务机关给予两次行政处罚又偷税的，除由税务机关追缴其不缴或少缴的税款、滞纳金外，移送司法机关，依法追究刑事责任。

#### 4. 纳税人逃避税务机关追缴欠税行为的法律责任

根据《税收征管法》的规定，纳税人欠缴应纳税款，采取转移或者隐匿财产的手段，妨碍税务机关追缴欠缴的税款的，数额不满 1 万元的，由税务机关追缴欠缴的税款、滞纳金，并处欠缴税款 50%以上 5 倍以下的罚款；数额在 1 万元以上的，除由税务机关追缴欠缴的税款、滞纳金外，移送司法机关，依法追究刑事责任。

#### 5. 纳税人骗取出口退税行为的法律责任

根据《税收征管法》的规定，企业事业单位采取对所生产或者经营的商品假报出口等欺骗手段，骗取国家出口退税款，数额不满 1 万元的，由税务机关追缴其骗取的退税款，处以骗取税款 1 倍以上 5 倍以下的罚款；骗取的出口退税款在 1 万元以上的，除由税务机关追缴其骗取的退税款外，移送司法机关，依法追究刑事责任。

#### 6. 纳税人抗税行为的法律责任

根据《税收征管法》的规定，以暴力、威胁方法拒不缴纳税款的，就是抗税。抗税情节轻微，未构成犯罪的，由税务机关追缴其拒缴的税款、滞纳金外，并处以拒缴税款 1 倍以上 5 倍以下的罚款；构成犯罪的，除由税务机关追缴其拒缴的税款、滞纳金外，移送司法机关，依法追究刑事责任。

#### 7. 纳税人拖欠税款行为的法律责任

根据《税收征管法》的规定，从事生产、经营的纳税人、扣缴义务人在规定期限内不缴或者少缴应纳税款或者应解缴的税款，经税务机关责令限期缴纳，逾期仍未缴纳的，税务机关除依法采取强制执行措施追缴其不缴或者少缴的税款外，可以处以不缴或者少缴的税款 50%以上 5 倍以下的罚款。

### （二）危害税收征管罪



#### 相关链接

1997 年 3 月 14 日，第八届全国人大五次会议颁布了经过修订的《刑法》。新修订的《刑法》中设专节规定了危害税收征管罪，具体罪名包括偷税罪、抗税罪等 12 种。

#### 1. 偷税罪

偷税罪，是指纳税义务人或扣缴义务人采取伪造、变造、隐匿、擅自销毁账簿、记账

凭证,在账簿上多列支出或者不列、少列收入,经税务机关通知纳税申报而不纳税申报或者进行虚假的纳税申报的手段,不缴或者少缴应纳税款或者不缴或少缴已扣、已收税款,偷税数额占应纳税额的 10%以上且偷税数额在 1 万元以上,或者因偷税被税务机关给予两次行政处罚又偷税的行为。

根据《刑法》第二百零一条的规定,偷税数额在 1 万元以上不满 10 万元且偷税数额占应纳税额的 10%以上不满 30%的,或者因偷税被税务机关给予两次行政处罚又偷税的,处 3 年以下有期徒刑或者拘役,并处偷税数额 1 倍以上 5 倍以下罚金;偷税数额在 10 万元以上且偷税数额占应纳税款 30%以上的,处 3 年以上 7 年以下有期徒刑,并处偷税额 1 倍以上 5 倍以下罚金。

对多次犯有偷税行为未经处理的(包括行政处罚、刑事制裁),数额应累计计算。

## 2. 抗税罪

抗税罪,是指纳税义务人、扣缴义务人以暴力、威胁方法拒不缴纳税款的行为。

根据《刑法》第二百零二条的规定,抗税罪处 3 年以下有期徒刑或者拘役,并处拒缴税款 1 倍以上 5 倍以下罚金;情节严重的,处 3 年以上 7 年以下有期徒刑,并处拒缴税款 1 倍以上 5 倍以下罚金。

## 3. 逃避追缴欠税款罪

逃避追缴欠税款罪,是指纳税人采取转移或者隐匿财产的手段,使税务机关无法追缴纳税人所欠缴的税款,数额在 1 万元以上的行为。

根据《刑法》第二百零三条的规定,逃避追缴欠税款使税务机关无法追缴欠缴的税款数额在 1 万元以上不满 10 万元的,处 3 年以下有期徒刑或者拘役,并处或单处欠缴税款 1 倍以上 5 倍以下罚金;数额在 10 万元以上的,处 3 年以上 7 年以下有期徒刑,并处欠缴税款 1 倍以上 5 倍以下罚金。

## 4. 骗取出口退税罪

骗取出口退税罪,是指以假报出口或者其他欺骗手段骗取国家出口退税款,数额较大的行为。

根据《刑法》第二百零四条的规定,以假报出口或者其他欺骗手段,骗取国家出口退税款,数额较大的,处 5 年以下有期徒刑或者拘役,并处骗取税款 1 倍以上 5 倍以下罚金;数额巨大或者有其他严重情节的,处 5 年以上 10 年以下有期徒刑,并处骗取税款 1 倍以上 5 倍以下罚金。数额特别巨大或者有其他特别严重情节的,处 10 年以上有期徒刑或者无期徒刑,并处骗取税款 1 倍以上 5 倍以下罚金或者没收财产。

## 5. 虚开增值税专用发票、用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪

虚开增值税专用发票、用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪,是指虚开增值税专用发

票或者虚开用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票的行为。有为他人虚开、为自己虚开、让他人为自己虚开、介绍他人虚开上述专用发票行为之一的，即构成虚开增值税专用发票、用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪。

根据《刑法》第二百零五条的规定，虚开增值税专用发票或者虚开用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票的，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处2万元以上20万元以下罚金；虚开的税款数额较大或者有其他严重情节的，处3年以上10年以下有期徒刑，并处5万元以上50万元以下罚金；虚开的税款数额巨大或者有其他特别严重情节的，处10年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处5万元以上50万元以下罚金或者没收财产；骗取国家税款数额特别巨大，情节特别严重，给国家利益造成特别重大损失的，处无期徒刑或死刑，并处没收财产。

## 6. 伪造、出售伪造的增值税专用发票罪

伪造、出售伪造的增值税专用发票罪，是指违反国家发票管理规定，仿照增值税专用发票的内容、纸张、形状、图案等样式，使用各种方法，非法制造假增值税专用发票，冒充真发票，或者出售伪造的增值税专用发票的行为。

根据《刑法》第二百零六条的规定，伪造或者出售伪造的增值税专用发票的，处3年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处2万元以上20万元以下罚金；数量较大或者有其他严重情节的，处3年以上10年以下有期徒刑，并处5万元以上50万元以下罚金；数量巨大或者有其他特别严重情节的，处10年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处5万元以上50万元以下罚金或者没收财产；数额特别巨大，情节特别严重，严重破坏经济秩序的，处无期徒刑或死刑，并处没收财产。

## 7. 非法出售增值税专用发票罪

非法出售增值税专用发票罪，是指违反国家发票管理法规，非法出售增值税专用发票的行为。根据《刑法》第二百零七条的规定，非法出售增值税专用发票的，处3年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处2万元以上20万元以下罚金；数量较大的，处3年以上10年以下有期徒刑，并处5万元以上50万元以下罚金；数量巨大的，处10年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处5万元以上50万元以下罚金或者没收财产。

## 8. 非法购买增值税专用发票、购买伪造的增值税专用发票罪

非法购买增值税专用发票、购买伪造的增值税专用发票罪，是指违反发票管理法规，非法购买增值税专用发票或者购买伪造的增值税专用发票的行为。

根据《刑法》第二百零八条的规定，非法购买增值税专用发票或者购买伪造的增值税专用发票的，处5年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处2万元以上20万元以下罚金。

### 9. 非法制造、出售非法制造的用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪

非法制造、出售非法制造的用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪，是指伪造、擅自制造或者出售伪造、擅自制造的可以用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票的行为。其他发票特指除增值税专用发票以外的发票，具有同增值税专用发票相同功能的，可以用于骗取出口退税、抵扣税款的发票。

根据《刑法》第二百零九条第一款的规定，伪造、擅自制造或者出售伪造、擅自制造的可以用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票的，处3年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处2万元以上20万元以下罚金；数量巨大的，处3年以上7年以下有期徒刑，并处5万元以上50万元以下罚金；数量特别巨大的，处7年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处5万元以上50万元以下罚金或者没收财产。

### 10. 非法制造、出售非法制造的发票罪

非法制造、出售非法制造的发票罪，是指伪造、擅自制造或者出售伪造、擅自制造《刑法》第二百零九条第一款规定以外的其他发票的行为。

根据《刑法》第二百零九条第二款的规定，伪造、擅自制造或者出售伪造、擅自制造《刑法》第二百零九条第一款规定以外的其他发票的，处2年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或单处1万元以上5万元以下罚金；情节严重的，处2年以上7年以下有期徒刑，并处5万元以上50万元以下罚金。

### 11. 非法出售用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪

非法出售用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪，是指非法出售可以用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票的行为。

根据《刑法》第二百零九条第三款的规定，非法出售可以用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票的，处3年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处2万元以上20万元以下罚金；数量巨大的，处3年以上7年以下有期徒刑，并处5万元以上50万元以下罚金；数量特别巨大的，处7年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处5万元以上50万元以下罚金或者没收财产。

### 12. 非法出售发票罪

非法出售发票罪，是指非法出售《刑法》第二百零九条第三款规定以外的其他发票行为。

根据《刑法》第二百零九条第四款的规定，非法出售本条第三款规定以外的其他发票的，处2年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或单处1万元以上5万元以下罚金；情节严重的，处2年以上7年以下有期徒刑，并处5万元以上50万元以下罚金。

如果是单位犯有以上各罪的，对单位判处罚金，对其直接负责的主管人员和其他直接

责任人员，按各罪处罚。



## 思考题

1. 简述税法的概念及构成要素。
2. 简述税收的概念及特征。
3. 哪些项目的进项税额不得从销项税额中抵扣？
4. 现行企业所得税税率是如何规定的？
5. 企业所得税纳税人的收入总额包括哪些主要内容？
6. 在计算企业所得税应纳税所得额时不得扣除的项目有哪些？
7. 税款征收方式有哪些？
8. 简述税款征收的措施。



## 案例分析题

1. 某企业是一般纳税人，从国外进口1辆小轿车，到岸价格为10万元人民币，关税税率为100%，其消费税税率为5%。该企业应纳增值税额为多少？

2. 某化工企业将单价每箱300元的甲类化妆品送给关系单位3箱，又将新试制的乙类化妆品分给其职工，该类产品尚无市场销售价，其生产成本为5000元。计算该企业应纳消费税税额（注：乙类化妆品的成本利润率为5%，化妆品的消费税率为30%）。

3. 某建筑装饰材料商店为一般纳税人，并兼营装修业务和工具租赁业务。购进商品取得专用发票上注明的价款200000元，销售商品取得收入价税合计333450元，装修业务收入65200元，租赁业务收入3800元（分别核算了销售额和营业额），（已知装修业营业税率3%，租赁业营业税率5%），计算该商店当期应纳营业税和增值税额。

4. 某旅游公司组织120人的旅游团去某地旅游，每人收取的旅游费为6000元，旅行中该旅游公司为每人支付交通费1500元，住宿费1200元，餐费700元，门票等费用600元，已知该旅游公司适用的营业税税率为5%。

**要求：**根据以上条件，计算该旅游公司应缴纳的营业税税额。

5. 某企业2005年按规定的时间向税务机关进行了纳税申报，并缴纳了该年的营业税和所得税。在纳税申报资料中显示：该企业2005年营业收入210万元，营业支出180万元，缴纳营业税10.5万元，缴纳所得税6.4万元。2005年，税务机关在税务检查中发现该企业

通过伪造记账凭证等手段，隐瞒了实际收入和支出的事实。经查实该企业 2005 年实际营业收入 225 万元，营业支出 165 万元。另外，经查实，2004 年该企业偷税 6.2 万元，一直未处理。该企业适用营业税率为 5%，企业所得税率为 33%，其他税费暂不考虑。

- (1) 根据税收征管法的规定，指出该企业的行为属于什么行为？
- (2) 如果是偷税，偷税额是多少？
- (3) 根据《税收征管法》和《刑法》的有关规定，分析如何处理？



# 第五篇 经济仲裁与经济司法篇

## 第十五章 经济仲裁和经济审判

### 本章目的和任务

通过本章学习，要求学生掌握经济仲裁和经济审判的概念、原则，仲裁法的适用范围，我国法院体系的构成及案件的管辖；理解仲裁机构的设置，仲裁程序和审判程序；了解各级法院的收案范围，并且能够运用所学的法律知识解决实践中的经济纠纷问题。

### 本章要点

- 经济仲裁
- 经济审判

## 第一节 经济仲裁

### 一、仲裁法概述

#### （一）仲裁和仲裁法的概念

仲裁亦称“公断”，是指双方当事人在争议发生前或争议发生后达成协议，自愿将争议交付第三者居中评断是非并做出裁决，双方当事人都有义务执行裁决的一种解决争议的方式。

本章所讲的仲裁只限于民（商）事纠纷的仲裁，即经济仲裁。它是指经济纠纷的双方当事人协议将有关争议提交选定的仲裁机构做出裁决，并有义务履行裁决的一种制度。

仲裁法就是调整在仲裁过程中发生的各种关系的法律规范的总称。



仲裁与其他解决纠纷的方式相比，其特点是灵活便利、以自愿为前提、裁决具有强制性。

仲裁在现实生活中被广泛地应用，是一种解决纠纷的有效方式。



## 相关链接

1994年8月31日，第八届全国人大常委会第九次会议通过了《中华人民共和国仲裁法》（以下简称《仲裁法》），自1995年9月1日起施行。

## （二）仲裁的基本原则

根据《仲裁法》规定，我国仲裁所遵循的基本原则有以下几个：

（1）自愿原则。它要求当事人如果想通过仲裁方式解决纠纷，必须首先由双方自愿达成仲裁协议。没有仲裁协议，一方申请仲裁的，仲裁组织不予受理。当事人还可以自愿选择仲裁机构及仲裁员。当事人也可以自行和解，达成和解协议后，可以请求仲裁庭根据和解协议做出仲裁裁决书，当事人也可以撤回仲裁请求。在调解不成时，仲裁机构应及时做出仲裁裁决。

（2）以事实为依据，以法律为准绳，公平合理地解决纠纷原则。仲裁机构须以客观事实为依据，以民事实体法和程序法作为做出仲裁裁决的标准。为了准确地认定事实，仲裁庭必须充分听取双方当事人的陈述、证人证言和鉴定人的鉴定意见，防止偏听偏信和主观臆断。仲裁庭认为有必要收集的证据，可以自行收集。在适用法律时，法律有明文规定的，按照法律的规定执行；无明文规定的，按照法律的基本精神和公平合理原则处理。不偏袒任何一方，也不对任何一方施加压力。

（3）仲裁组织依法独立行使仲裁权原则。仲裁组织是民间组织，它不隶属任何国家机关。仲裁组织仅对法律负责，依法独立进行仲裁，不受任何行政机关、社会团体和个人的干涉。法院可以依法对仲裁进行必要的监督。

（4）一裁终局原则。即仲裁裁决做出后，当事人就同一纠纷，不能再申请仲裁或向法院起诉。但是裁决被法院依法裁定撤销或不予执行的，当事人就该纠纷可以根据双方重新达成的仲裁协议申请仲裁，也可以向法院起诉。

## （三）《仲裁法》的适用范围

根据《仲裁法》规定，平等主体的公民、法人和其他组织之间发生的合同纠纷和其他财产纠纷，可以仲裁。这就是说，仲裁事项必须是合同纠纷和其他财产性法律关系的争议。与人身有关的婚姻、收养、监护、抚养继承纠纷是不能进行仲裁的。其次，仲裁事项必须是平等主体之间发生的且当事人有权处分的财产权益纠纷。由强制性法律规范调整的法律关系的争议不能进行仲裁。因此，行政争议不能仲裁。另外，由于劳动争议和农业集体经济组织内部的农业承包合同纠纷不同于一般的经济纠纷，它们在仲裁原则、程序等方面有自己的特点，因此本法不适用于劳动争议和农业承包合同纠纷的仲裁。

## 二、仲裁委员会和仲裁协会

### （一）仲裁委员会

仲裁委员会是组织进行仲裁工作、解决经济纠纷的事业单位法人。仲裁委员会可以在直辖市和省、自治区人民政府所在地的市设立，也可以根据需要在其他设区的市设立，不按行政区划层层设立。仲裁委员会由上述规定的市的人民政府组织有关部门和商会统一组建。设立仲裁委员会，应当经省、自治区、直辖市的司法行政部门登记。

仲裁委员会由主任1人、副主任2~4人和委员7~11人组成。仲裁委员会的组成人员中，法律、经济贸易专家不得少于2/3。

仲裁委员会应当从公道正派的人员中聘任仲裁员。仲裁员应符合下列条件之一：①从事仲裁工作满8年的；②从事律师工作满8年的；③曾任审判员满8年的；④从事法律研究、教学工作并具有高级职称的；⑤具有法律知识，从事经济贸易等专业工作并具有高级职称或者具有同等专业水平的。

### （二）仲裁协会

中国仲裁协会是社会团体法人，是仲裁委员会的自律性组织。仲裁委员会是中国仲裁协会的会员。中国仲裁协会的章程由全国会员大会制定。

中国仲裁协会的职责，一是根据章程对仲裁委员会及其组成人员、仲裁员的违纪行为进行监督，二是依照《仲裁法》和《民事诉讼法》的有关规定制定仲裁规则。

## 三、仲裁协议

### （一）仲裁协议的概念和种类

仲裁协议是双方当事人以书面方式请求仲裁委员会仲裁合同纠纷和其他财产权益纠纷的共同意思表示。

仲裁协议包括仲裁条款和仲裁协议书两类。前者是指当事人在合同中订立的以仲裁方式解决纠纷的条款。后者是指双方当事人在主合同之外单独签订的发生纠纷请求仲裁的协议。仲裁协议书可以在纠纷发生前订立，也可以在纠纷发生后签订。

### （二）仲裁协议的内容及效力

仲裁协议应具有下列内容：①请求仲裁的意思表示；②仲裁事项；③选定的仲裁委员会。

仲裁协议具有以下效力：①仲裁协议中为当事人设定的一定义务，不能任意更改、终

止或撤销；② 合法有效的仲裁协议对双方当事人诉权的行使产生一定限制，在当事人双方发生协议约定的争议时，任何一方只能将争议提交仲裁，而不能向法院起诉；③ 对于仲裁组织来说，仲裁协议具有排除诉讼管辖权的作用；④ 仲裁协议具有独立性，合同的变更、解除、终止或无效，不影响仲裁协议的效力，仲裁庭有权确认合同的效力。

当事人对仲裁协议的效力有异议的，应当在仲裁庭首次开庭前提出，请求仲裁委员会做出决定或请求人民法院做出裁定。一方请求仲裁委员会做出决定，另一方请求人民法院做出裁定的，由人民法院裁定。

### （三）仲裁协议的无效

仲裁协议对仲裁事项或仲裁委员会没有约定或约定不明确的，当事人可以补充协议；达不成补充协议的，仲裁协议无效。有下列情形之一的，仲裁协议无效：① 约定的仲裁事项超过法律规定的仲裁范围的；② 没有民事行为能力人或限制民事行为能力人订立的仲裁协议；③ 一方采取胁迫手段，迫使对方订立仲裁协议的。

## 四、仲裁程序

### （一）申请和受理

仲裁不实行级别管辖和地域管辖，当事人可以向双方约定的仲裁机构申请仲裁。当事人申请仲裁的条件是：有仲裁协议；有具体的仲裁请求和事实、理由，属于仲裁委员会的受理范围。当然，还应递交申请书及副本。仲裁委员会收到仲裁申请书之日起五日内，认为符合受理条件的，应当受理，并通知申请人；认为不符合受理条件的，应当书面通知申请人不予受理的理由。案件受理后，应当在仲裁规则规定的期限内将仲裁规则和仲裁员名册送达被申请人。被申请人应在规定的期限内向仲裁委员会提交答辩书。仲裁委员会应在规定期限内将答辩书副本送达申请人。被申请人未提交答辩书的，不影响仲裁程序的进行。

### （二）仲裁庭的组成

仲裁庭的组成由当事人约定，可以是三名也可以是一名仲裁员。由三名仲裁员组成的，当事人应当各自选定或者各自委托仲裁委员会主任指定一名仲裁员，另一名仲裁员即首席仲裁员，由当事人共同选定或者共同委托仲裁委员会主任指定。由一名仲裁员独任仲裁的，应当由当事人共同选定或者共同委托仲裁委员会主任指定。仲裁庭组成后，仲裁委员会应当将仲裁庭的组成情况书面通知当事人。

在以下情况下，当事人有权提出回避申请：① 仲裁员与本案当事人或其代理人有近亲关系或其他关系，可能影响公正仲裁的；② 与本案有利害关系或私自会见当事人或其代理人或接受他们的请客送礼的。仲裁员是否回避，由仲裁委员会主任决定。仲裁委员会主任

担任仲裁员时，由仲裁委员会集体决定。

### （三）开庭和裁决

仲裁一般应开庭进行，但当事人协议不开庭的，仲裁庭可以根据仲裁申请书、答辩书和其他有关材料做出裁决。仲裁一般不公开进行，但当事人协议公开的，可以公开进行，涉及国家秘密的除外。

仲裁委员会应在规定期限内将开庭日期通知双方当事人。当事人有正当理由的，可以在规定期限内请求延期开庭，但是否延期，由仲裁庭决定。申请人经书面通知，无正当理由不到庭或者未经仲裁庭许可中途退庭的，可以视为撤回仲裁申请。被申请人经书面通知，无正当理由不到庭或者未经仲裁庭许可中途退庭的，可以缺席判决。

当事人申请仲裁后，可以自行和解，也可以撤回仲裁申请。和解或撤回仲裁申请后反悔的，还可以根据仲裁协议申请仲裁。仲裁庭开庭仲裁，可以先行调解，调解不成的，应及时做出裁决。调解成立，但在调解书签收前当事人反悔的，仲裁庭亦应及时做出裁决。裁决应按多数仲裁员意见做出，少数仲裁员的意见可以记入笔录。裁决书自做出之日起生效，当事人应认真遵照执行。

### （四）申请撤销裁决

当事人提出证据证明有下列情形之一的，可以在接到裁决之日起6个月内向仲裁委员会所在地的中级人民法院申请撤销裁决：①没有仲裁协议的；②裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁委员会无权仲裁的；③仲裁庭的组成或者仲裁的程序违反法定程序的；④裁决所根据的证据是伪造的；⑤双方当事人隐瞒了足以影响公正裁决的证据的；⑥仲裁员在仲裁该案时有索贿受贿、徇私舞弊、枉法裁决行为的。

### （五）执行

仲裁裁决是法律文书，当事人应当执行。当事人推拖或拒绝执行的，另一方当事人可以依照民事诉讼法的有关规定向人民法院申请执行。但被申请人提出证据证明裁决有民事诉讼法第二百一十七条第二款规定的情形之一的，经合议庭审查核实，可以裁定不予执行。当事人一方申请执行裁决，另一方申请撤销裁决的，人民法院应当裁定中止执行。经审查决定撤销该裁决的，应当裁定终结执行；决定该裁决不予撤销的，应当裁定恢复执行。

### （六）涉外仲裁的特别规定

#### 1. 涉外仲裁的含义、种类及法律适用

涉外仲裁，是指争议具有涉外因素的仲裁。涉外因素包括：①争议的主体（包括法人和自然人）属于不同国家；②争议的标的物位于国外或者跨越国界；③争议的法律关系

的产生、变更或消灭在国外，如合同的订立、履行和终止在国外。在我国，对当事人一方或双方是外国公司的仲裁，称为涉外仲裁。涉港、澳、台案件根据我国法律参照涉外案件处理。

《仲裁法》规定，涉外经济贸易、运输和海事中发生的纠纷的仲裁，适用《仲裁法》第七章的规定，该章没有规定的，适用《仲裁法》其他有关规定。

## 2. 涉外仲裁委员会

涉外仲裁委员会是中国仲裁涉外经济贸易、运输和海事中发生的纠纷的国际性的民间仲裁机构。涉外仲裁委员会可以由中国国际商会组织设立。我国的涉外仲裁机构有中国国际贸易促进委员会（中国国际商会）内设立的中国国际经济贸易仲裁委员会和中国海事仲裁委员会。

涉外仲裁委员会由主任 1 人、副主任若干人和委员若干人组成，他们可以由中国国际商会聘任，仲裁员则由涉外仲裁委员会从具有法律、经济贸易、科学技术等专门人士中聘任。

## 3. 涉外仲裁的几项特别规定

（1）涉外仲裁的证据保全由涉外仲裁委员会将当事人的申请提交证据所在地的中级人民法院办理。

（2）涉外仲裁的当事人提出证据仲裁裁决有《民事诉讼法》第二百六十条第一款规定的情形之一的，经人民法院组成合议庭审查核实，可以裁定撤销或裁定不予执行。

（3）涉外仲裁委员会做出的发生法律效力仲裁裁决，当事人请求执行，如果被执行人或其财产不在我国境内的，应当由当事人直接向有管辖权的外国法院申请承认和执行。

### （七）时效

关于仲裁时效，法律有规定的，适用该规定。法律没有规定的，适用诉讼时效的规定。我国《民法通则》对时效的规定是：向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为两年，法律另有规定的除外。诉讼时效期间从知道或者应当知道权利被侵害时起计算。但是，从权利被侵害之日起超过 20 年的，人民法院不予保护。

## 第二节 经济审判

### 一、经济审判的概念

经济审判是经济司法的重要组成部分。经济司法，是指人民法院、人民检察院依法对经济纠纷案件、涉外经济案件和经济犯罪案件进行审判和检察的活动。经济司法包括经济

审判制度和经济检察制度两个方面。经济审判，是指人民法院依法对国内经济纠纷案件和涉外经济纠纷案件进行审理判决的活动。

## 二、经济审判机构及收案范围

根据《人民法院组织法》的规定，我国的经济审判机构是各级人民法院经济审判庭，以及铁路运输、海事等专门法院经济审判庭。

### 1. 各级人民法院经济审判庭的收案范围

① 经济合同纠纷案件；② 技术合同纠纷案件；③ 涉外或港澳台经济纠纷案件；④ 农村承包合同纠纷案件；⑤ 经济损害赔偿纠纷案件；⑥ 工业产权纠纷案件；⑦ 企业破产案件；⑧ 企业承包经营合同和企业租赁经营合同纠纷案件；⑨ 其他经济纠纷案件。

### 2. 铁路运输法院的设置和收案范围

根据《人民法院组织法》的规定，每个铁路分局所在地设立铁路运输基层法院，每个铁路局所在地设立铁路运输中级法院，撤销1980年在北京设立的铁路运输高级法院，原由其审理的案件，由各高级人民法院受理。各级铁路运输法院设有刑事审判庭和经济审判庭，分别受理：① 铁路运输系统公安机关负责侦查、铁路运输检察院提起公诉的刑事案件和与铁路运输有关的经济合同纠纷案件、侵权纠纷案件；② 铁路旅客和行李、包裹运输合同纠纷案件；③ 铁路货物运输保险合同纠纷案件；④ 代办托运、包裹整理、仓储保管、接收送达等铁路运输延伸服务合同纠纷案件；⑤ 国家铁路与地方铁路、专用铁路、专用线在修建、管理和运输方面发生的合同纠纷案件；⑥ 铁路在装卸作业、线路维修、管理和运输方面发生的委托劳务合同纠纷案件；⑦ 铁路系统内部的经济纠纷案件；⑧ 违反铁路安全保护法律、法规，对铁路造成损害，原告选择向铁路运输法院起诉的侵权纠纷案件；⑨ 上级人民法院指定铁路运输法院受理的其他经济纠纷案件。此外，最高人民法院于1988年设立交通运输审判庭，主要审理在全国范围内有重大影响和各高级人民法院移送的重大、疑难的交通运输案件，包括一审案件、上诉案件和再审案件。

### 3. 海事法院的设置和收案范围

根据第六届全国人大常委会第八次会议通过的《关于在沿海港口城市设立海事法院的决定》，我国分别在上海、天津、广州、青岛、大连、厦门、海口和武汉设立了海事法院，它们与中级人民法院同级，二审法院为各海事法院所在地的高级人民法院。海事法院内设海事审判庭和海商审判庭。海事法院受理以下五类案件：① 海事侵权纠纷案件；② 海商合同纠纷案件；③ 共同海损纠纷案件；④ 海事执行案件；⑤ 海事请求保全案件。

### 三、经济审判的案件管辖

根据《民事诉讼法》的规定，经济纠纷案件的管辖，可分为级别管辖、地域管辖、移送管辖和指定管辖。

#### （一）级别管辖

级别管辖是指在当事人参加诉讼，便于人民法院办案前提下，根据案件的大小、频繁程度、影响大小、当事人的行政隶属关系等情况，划分上下级人民法院之间受理第一审经济纠纷案件的分工和权限。

具体地说，基层人民法院管辖除法律规定应由上级人民法院管辖以外的第一审经济纠纷案件。中级人民法院管辖重大涉外经济纠纷案件，以及在本辖区有重大影响和最高人民法院确定由中级人民法院管辖的第一审经济纠纷案件。高级人民法院管辖在本地区内有重大影响的第一审经济纠纷案件。最高人民法院管辖在全国有重大影响的，以及认为应当由本院审理的第一审经济纠纷案件。

#### （二）地域管辖

地域管辖，是指根据当事人以及标的物与地域之间的关系，确定同级人民法院之间受理第一审经济纠纷案件的分工和权限。具体分为：

（1）一般地域管理，即由被告住所地人民法院管辖。如被告是公民，其住所地与经常居住地不一致的，由经常居住地人民法院管辖。

（2）特殊地域管辖，即合同纠纷由被告住所地或合同履行地人民法院管辖，保险合同纠纷由被告住所地或保险标的物所在地人民法院管辖，票据纠纷由票据支付地或被告住所地人民法院管辖，交通运输合同纠纷由运输始发地、目的地或被告住所地人民法院管辖，交通事故侵权纠纷由侵权行为地或被告住所地人民法院管辖，损害赔偿纠纷由发生地或车辆、船舶最先到达地、航空器最先降落地或被告住所地人民法院管辖，船舶碰撞或其他海损事故损害赔偿纠纷由碰撞发生地、碰撞船舶最先到达地、加害船舶被扣地或被告住所地人民法院管辖，海难救助费纠纷由救助地或被救助船舶最先到达地人民法院管辖，共同海损纠纷由船舶最先到达地、共同海损理算地或航程终止地人民法院管辖。

（3）协议地域管辖，即合同的双方当事人可以在书面合同中协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地人民法院管辖，但不得违反有关级别管辖和专属管辖的规定。

（4）专属地域管辖，即因不动产纠纷提起的诉讼由不动产所在地人民法院管辖，因港口作业中发生纠纷提起的诉讼由港口所在地人民法院管辖，因继承遗产纠纷提起的诉讼由



被继承人死亡时住所地或主要遗产所在地人民法院管辖。

（5）共同地域管辖，即同一诉讼的几个被告住所地、经常居住地在两个以上人民法院辖区的，各人民法院都有管辖权。两个以上人民法院都有管辖权的诉讼，原告可以向其中一个人民法院起诉。原告向两个以上管辖权的人民法院起诉的，由最先立案的人民法院管辖。

### （三）移送管辖和指定管辖

移送管辖是指法院受理某一案件后，发现自己对此案并无管辖权，便移送给有管辖权的法院受理，或者在特定情况下，下级法院将自己有管辖权的案件，报请上级法院审理，或者上级法院将自己有管辖权的案件，交给下级法院审理。指定管辖是指两个不同法院之间对管辖权发生争议，或者某个有管辖权的法院由于特殊原因不能行使审判权的，由上级法院指定某一法院或另一个法院管辖。移送管辖和指定管辖统称裁定管辖。

## 四、经济审判程序

### （一）第一审程序

我国实行两审终审的审判制度。第一审包括普通程序和简易程序。普通程序是经济审判程序的基础，它包括以下程序。

#### 1. 起诉和受理

起诉是公民、法人或其他组织，认为自己的经济权利受到侵犯或与他人发生争议，而以自己的名义，请求人民法院依法审判，给予法律保护的诉讼行为。受理是指人民法院通过审查原告的起诉，认为符合起诉条件，而决定立案审理的诉讼行为。起诉必须符合下列条件：①原告是与本案有直接利害关系的公民、法人和其他组织；②有明确的被告；③有具体的诉讼请求和事实、理由；④属于人民法院受理经济案件的范围和受诉人民法院管辖。原告起诉，应向人民法院递交起诉状，并按照被告人数提出副本。人民法院经审查，认为符合起诉条件的，应当在7日内立案，并通知当事人；认为不符合起诉条件的，应当在7日内裁定不予受理。原告对裁定不服的，可以提起上诉。

#### 2. 审理前的准备

审理前准备工作的核心是弄清双方当事人的基本情况，了解原告诉讼请求的具体内容和所提出的事实、理由和证据，初步掌握双方当事人争执的焦点，收集和调取与案件有关的材料，并在立案之日起5日内将起诉状副本发送被告。被告在收到起诉状之日起15日内提出答辩状，人民法院在收到答辩状之日起5日内将答辩状副本发送原告。被告不提出答辩状的，不影响人民法院审理。

### 3. 开庭审理

人民法院审理经济纠纷案件，根据当事人自愿的原则，应在弄清事实、分清是非的基础上先行调解。调解达成协议的，人民法院应制作调解书，经双方当事人签字和法院盖章后生效，具有法律效力。调解未达成协议或者调解书送达前一方或双方反悔的，人民法院应及时判决。

经济纠纷案件的审理，一般应公开进行，但涉及国家秘密或者涉及商业秘密经当事人申请不公开审理的除外。经济案件的审理，开庭前 3 日应通知当事人和其他诉讼参加人。开庭时当事人可以辩护、提出新的证据；经法庭许可，可以向证人、鉴定人、勘验人发问；还可以要求重新进行调查、鉴定或者勘察。当事人经人民法院传票传唤，无正当理由拒不到庭的，或者未经法庭许可中途退庭的，如果是原告，可按撤诉处理；如果是被告，可以缺席判决。当庭宣判的，应当在 10 日内发送判决书；定期宣判的，宣判后立即发给判决书，并告知当事人上诉权利、上诉期限和上诉法院。当事人在上诉期限内不上诉的，判决即发生法律效力。

简易程序是指基层人民法院和它派出的人民法庭审理简单案件所适用的既独立又简便易行的诉讼程序。简易程序适用于事实清楚、权利义务关系明确、争议不大的简单的案件。原告可以口头起诉，当事人双方可以同时到基层人民法院或者它派出的法庭，请求解决纠纷。适用简易程序审理的案件，由审判员一人独任审理，可随时传唤当事人、证人，不受普通程序中的法庭调查、法庭辩论等程序的限制。

## （二）第二审程序

### 1. 提起上诉

当事人不服地方各级人民法院和专门法院第一判决、裁定的，有权向上一级人民法院提起上诉。

当事人不服一审判决的，有权在判决书送达之日起 15 日内向上一级人民法院提起上诉；如不服一审裁定，应在裁定书送达之日起 10 日内向上一级人民法院提起上诉。上诉状应当通过原审人民法院提出，也可以直接向第二审人民法院起诉，二者均应按对方当事人的人数提出副本。直接向二审人民法院上诉的，二审人民法院应在 5 日内将上诉状移交原审人民法院，以便原审人民法院向被上诉人送达上诉状副本，及时将原审案卷材料连同上诉状报送上级人民法院，以免拖延办案时间。被上诉人在收到上诉状之日起 15 日内提出答辩状。人民法院应在收到答辩状之日起 5 日内将副本送达上诉人。对方当事人不提出答辩状的，不影响人民法院审理。

### 2. 上诉案件的审理

审理上诉案件，应组成合议庭进行。经过阅卷和调查，询问当事人，在事实核对清楚

后，合议庭认为不需要开庭审判的，可以进行判决、裁定。认为原判决认定事实清楚，适用法律正确的，判决驳回上诉维持原判；认为原判决适用法律错误的，依法改判；认为原判决认定事实错误，或认定事实不清，证据不足的，裁定撤销原判决，发回原审人民法院重审，或者查清事实后改判；认为原判决违反法定程序，可能影响案件正确判决的，裁定撤销原判决，发回原审人民法院重审。当事人对重审案件的判决、裁定，可以上诉。

### 3. 审判监督程序

这是人民法院对已经发生法律效力的判决、裁定，发现确有错误，依法对案件进行再审的程序。它不是每一个案件必经的审判程序，而是在第一审和第二审程序之外的救济程序、特殊程序。

各级人民法院院长对本院已经发生法律效力的判决、裁定，发现确有错误，认为需要再审的，应当提交审判委员会讨论决定。最高人民法院对地方各级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定，上级人民法院对下级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定，发现确有错误的，有权提审或者指令下级人民法院再审。当事人对已经发生法律效力的判决、裁定，认为有错误的，也可以向原审或者上一级人民法院申请再审，但是不停止判决、裁定的执行。当事人的申请再审，应当在判决、裁定发生法律效力后2年内提出。

### 4. 执行程序

当事人对发生法律效力的判决、裁定，必须执行。一方拒绝执行的，另一方当事人可以向被执行人住所地或者被执行的财产所在地的人民法院申请执行。人民法院收到执行申请后，对有偿还能力而又拒绝履行的，予以强制执行；对暂时缺乏偿还能力的，经与当事人协商同意，放宽偿付期限，但要承担相应的法律责任。

经济仲裁和经济审判的对照见表15-1。

表 15-1 经济仲裁和经济审判的对照表

解决纠纷的方式	经济仲裁	经济审判
概念	依据仲裁协议向仲裁委员会申请	不能协商，向法院起诉，应诉
机构	仲裁委员会	人民法院
条件	3个（略）	4个（略）
程序	一裁终局	两审终审



## 思考题

1. 简述仲裁法的适用范围。

2. 简述经济审判案件管辖的种类。
3. 试比较仲裁与诉讼的区别。
4. 试述仲裁法的基本原则和基本制度。



## 案例分析题

新加坡甲公司与中国乙公司在履行一份涉外经济合同过程中发生纠纷，双方经协商未能解决，甲公司按照合同中规定的仲裁条款向中国国际贸易促进会申请仲裁，要求乙公司支付货款，并同时向乙公司住所地的中级人民法院提出财产保全的申请。乙公司则反诉，甲公司产品质量不合格，要求甲公司支付违约金并赔偿损失。后双方约定由一名独任仲裁员审理此案，但在规定时间内未能就合适人选达成一致，仲裁委员会主席便从仲裁员名单中指定了一名仲裁员审理此案，最终以不公开方式将此案审结。乙公司不服仲裁裁决，决定向法院起诉。甲公司向法院申请裁决，对此乙公司以没有得到指定仲裁员、要求公开审理而未得到满足，以及不服仲裁裁决而欲起诉为由，请求法院不执行仲裁裁决。

**要求：**根据现行法规，回答下列问题。

- (1) 甲公司申请财产保全在程序上是否正确？请说明理由。
- (2) 乙公司的反诉请求应当在何时提出？
- (3) 乙公司不服仲裁裁决，能否向法院起诉？如能起诉，应向何法院起诉？如不能起诉，请说明理由。
- (4) 甲公司申请仲裁裁决应向哪个法院提出？为什么？
- (5) 乙公司提请法院不执行仲裁裁决的理由是否成立？为什么？

## 参 考 文 献

- 1 苗永干, 刘保军等. 经济法概论. 北京: 中国商业出版社, 2000
- 2 曲修山. 经济法新编. 天津: 天津大学出版社, 1994
- 3 曲振涛. 经济法. 北京: 高等教育出版社, 2000
- 4 潘静成, 刘文华. 经济法概论. 北京: 中国财政经济出版社, 1996
- 5 贵立义, 林清高. 经济法概论. 大连: 东北财经大学出版社, 1993
- 6 石少侠. 经济法新论. 长春: 吉林大学出版社, 1996
- 7 杨紫烜, 徐杰. 经济法学. 北京: 北京大学出版社, 1994
- 8 全国会计专业技术资格考试领导小组办公室. 经济法基础. 北京: 中国财政经济出版社, 2006
- 9 全国会计专业技术资格考试领导小组办公室. 经济法. 北京: 中国财政经济出版社, 2006
- 10 财政部注册会计师考试委员会办公室. 经济法. 北京: 中国财政经济出版社, 2006
- 11 财政部注册会计师考试委员会办公室. 经济法规汇编. 北京: 经济科学出版社, 2006
- 12 人事部人事考试中心. 经济基础理论及相关知识. 北京: 中国发展出版社, 1999
- 13 万寿义. 经济法. 北京: 中国经济出版社, 2002
- 14 赵威. 经济法. 北京: 中国人民大学出版社, 2005

## 反侵权盗版声明

电子工业出版社依法对本作品享有专有出版权。任何未经权利人书面许可，复制、销售或通过信息网络传播本作品的行为；歪曲、篡改、剽窃本作品的行为，均违反《中华人民共和国著作权法》，其行为人应承担相应的民事责任和行政责任，构成犯罪的，将被依法追究刑事责任。

为了维护市场秩序，保护权利人的合法权益，我社将依法查处和打击侵权盗版的单位和个人。欢迎社会各界人士积极举报侵权盗版行为，本社将奖励举报有功人员，并保证举报人的信息不被泄露。

举报电话：(010) 88254396; (010) 88258888

传 真：(010) 88254397

E-mail: dbqq@phei.com.cn

通信地址：北京市万寿路 173 信箱

电子工业出版社总编办公室

邮 编：100036